قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

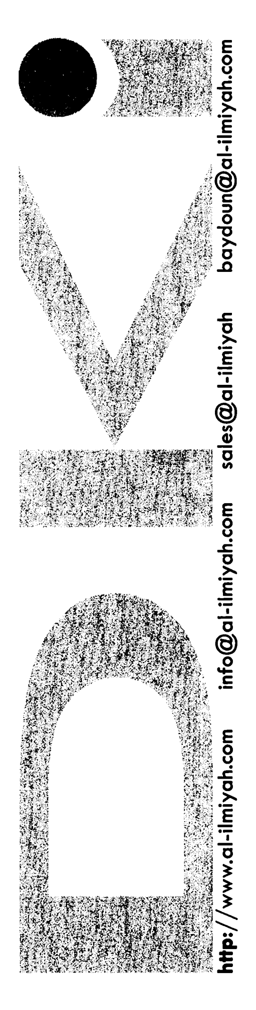
للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣ هـ

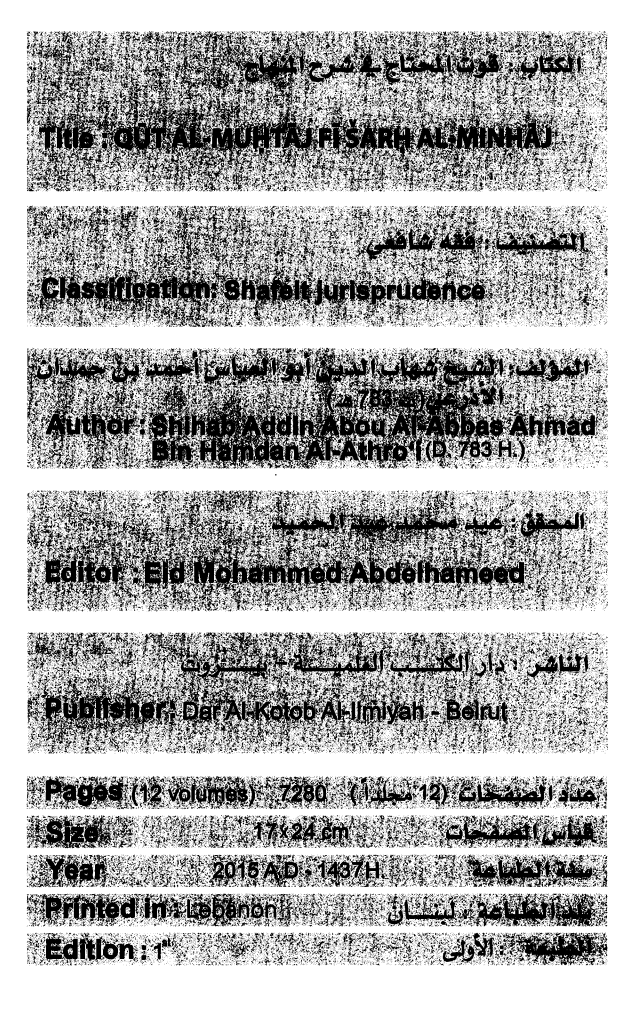
تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الثاني عشر

الدعوى والبينات - العتق - التدبير -
الكتابة - أمهات الأولاد







الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QUT AL-MUHTAJ FI SARH AL-MINHAJ

التصنيف : فقه شافعي

Classification: Shafeit jurisprudence

المؤلف : الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق : عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

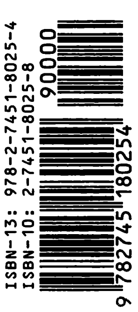
Pages (12 volumes)	7280 (12 مجلداً)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D. - 1437H.	سنة الطباعة
Printed in : Lebanon	لبنان	بلد الطباعة
Edition : 1st	الأولى	الطبعة

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ +٩٦١
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ +٩٦١
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتُ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتُ

قال الشارح: الدعوى والدعوة في المعنى سواء غير أن الدعوة تستعمل في الأنساب، والدعوى في غيرها، وسميت دعوى؛ لأن المدعي يدعو صاحبه إلى مجلس الحاكم ليخرج من دعواه.

وقيل: الدعوى لغة: الاسم من الادعاء، وقيل: من التمني، وعليه اقتصر البغوي والهروي وغيرهما ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ [يس: ٥٧] أي: يتمنون.

قال الهروي: هذا قول المفسرين، وليس هو كذلك في اللغة، المدعي لغة: من ادَّعى لنفسه شيئًا، سواء كان في يده أم لا، وسواء كانت دعواه توافق الظاهر أو تخالفه، والمدعى عليه: من ادَّعى عليه شيئًا وهما في الشرع ما سيأتي، وجمع الدعوى: دعاوى بفتح الواو وكسرها، وبصيغة الجمع ترجم «المحرر» والبينات: جمع بينة، وسمى الشهود بينة؛ لأن بهم يتبين الحق.

قال في «الكافي»: الأصل في سماع الدعوى وإقامة البينة الكتاب والسنة والإجماع المنعقد.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ﴾ [النور: ٤٨].

وأما السنة: مما سيأتي، والإجماع منعقد على سماع الدعوى والبينة، وبالناس حاجة إلى ذلك.

وقال الشيخ الصالح إبراهيم المروزي في «تعليقه»: والأصل في الدعاوى

....

ما رواه الشافعي عن مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» قال الشافعي: فأحسبه ولا أثبته، قال: «وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[١] وهذا حديث رواه عن ابن جريج جماعة، وقد رواه عبد الوهاب بن عطاء عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[٢] وهذا حديث رواه ابن جريج.

ومن ذلك الوجه أخرجه مسلم في «الصحيح» وبمعناه رواه عبد الله ابن داود عن ابن جريج، ومن ذلك الوجه أخرجه البخاري في «الصحيح» رواه عبد الله بن إدريس عن ابن جريج، وعثمان ابن الأسود عن ابن أبي ملكية عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال فيه: «وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ».

وروى الهروي عن النوري عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[٣] وهو غريب، انتهى لفظه.

ووهم ابن الرفعة في «الكفاية» فعزى هذه الرواية إلى «صحيح» مسلم وذكرها البيهقي، وفي الترمذي نحوها بإسنادٍ ضعيف، وأمَّا التي قبلها وهي: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» رواها البيهقي.

قال ابن الصلاح: بإسناد حسن، وبها افتتح «المحرر» وغيره الباب، ذكروا حديث الخضر في «الصحيح» وقوله ﷺ «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ».

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٥٢، رقم ٢٠٩٩٢) والشافعي (١/ ١٩١).
حديث عمر: أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٨) مرفوعًا.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٤٢، رقم ٣١٨٨)، والبخاري (٤/ ١٦٥٦، رقم ٤٢٧٧)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦، رقم ١٧١١)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٨، رقم ٢٣٢١).

(٣) أخرجه البيهقي (٨/ ١٢٣، رقم ١٦٢٢٢)، وابن عساكر (٧/ ٢٦) والدارقطني (٣/ ١١١) قال المناوي (٣/ ٢٢٥): فيه مسلم الزنجي قال في الميزان عن البخاري: منكر الحديث، وضعفه أبو حاتم، وقال أبو داود: لا يحتج به ثم أورد له أخبارًا هذا منها، ورواه الدارقطني باللفظ من طريقين وفيهما الزنجي المذكور، وقال ابن حجر في تخريج المختصر: خرجه أيضًا البيهقي وعبد الرزاق وهو حديث غريب معلول.

قال المصنف: تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةٍ كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ.
وَإِنْ اسْتَحَقَّ عَيْنًا فَلَهُ أَخْذُهَا إنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً ....

قال: (**تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةٍ**) أي: لآدمي.

(**كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ**) وعبارة «المحرر»: لا بد من المرافعة إلى القاضي إذا كان المستحق عقوبة كالقصاص وحد القذف، وهي أجود من قول «المنهاج»: يشترط، فإنه يقتضي أنها لا تصح عند المحكم، وإن رضا بحكمه، وليس كذلك، وقدمنا كلامًا في وجوب الأداء، وليس مراد المصنف بيان من تصح منه استيفاء، وقاله والحكم بها وليس له الاستبراء باستيفائها، فإن استيفاء العقوبات ليس من وظائف الآحاد؛ لعظم خطرها، والاحتياط في إثباتها أولًا واستيفائها على ما تقتضيه السياسة من زجر الناس ثانيًا.

وأصل هذا قول الغزالي وإمامه: إن من استحق عقوبة ليس له الاستيفاء إلا بالرفع إلى القاضي؛ فإن الأمر فيه خطر، وجاءنا عن الماوردي جواز استيفاء حد القذف عند الضرورة، وكذلك القود من غير مراجعة كما بيناه في الجنايات والحدود.

قال: (**وَإِنْ اسْتَحَقَّ عَيْنًا**) أي: ليس لذي اليد حبسها عنه.

(**فَلَهُ أَخْذُهَا**) أي: مستقلًا به.

(**إنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً**) أي: فإن خافها لم يجز، وفي معنى الفتنة خوف الضرر على نفسه، ثم الظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ إنَّمَا هُوَ فِي ذِي الْيَدِ الْعَادِيَةِ وَمَنْ فِي حُكْمِهَا أَمَّا لَوْ كَانَتْ بِيَدِ أَمِينٍ بَاذِلٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهَا بِغَيْرِ إذْنِهِ وَلَا عِلْمِهِ وَلَا دُخُولَ مَنْزِلِهِ لِأَجْلِهَا وَإِنْ لَمْ يَخَفْ ضَرَرًا بَلْ سَبِيلُهُ الطَّلَبُ، وَكَذَلِكَ الْمَبِيعُ إذَا كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَوْ مَقْبُوضًا وَالْبَائِعُ بَاذِلٌ لَهُ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْأَذَى وَالْإِرْعَابِ بِظَنِّ الذَّهَابِ أَلَا تَرَاهُمْ بَوَّبُوا بَابَ أَخْذِ الْحَقِّ مِمَّنْ يَمْنَعُهُ.

وعبارة «البسيط»: فمن اغتصب عينًا من الباب وقدر المالك على الانتزاع من يده خفية أو جهرًا بحيث لا يحرك ذلك فتنة، ولا يقيم سجانًا فليفعل، فأشار إلى أن التصوير فيما منع منه تعديًا، ومثل بالغصب.

وَإِلَّا وَجَبَ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ، أَوْ دَيْنًا عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ طَالَبَهُ بِهِ، وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ.

وأما قول الفوراني في «العمد»: من كان له عين مال في يد غيره واستحق ردها عليه كان له أخذها بغير إذنه، كيف ما كان ففيه يسمح.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن خاف تحريك الفتنة كما بينا.

(وَجَبَ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ) أي: ومن معناه كالمنصوب للمظالم من جهة الإمام والمحتسب والوزير إذا تضمنت ولإمامهم ذلك.

فَرْعٌ: عبارة الرافعي في كتبه الثلاثة: فإن قدر على استردادها من غير تحريك الفتنة استقل وإلا فلا بد من الرفع، وتبعه في «الروضة» وهي أحسن من عبارة «المنهاج» ويجوز أن يقال: إن غلب على ظنه السلامة والستر جاز، أو حصول فتنة أو ضرر بين فلان، وإن استوى الاحتمالان ففيه نظر، والأشبه إحجامه، وقول «المنهاج»: وجب ليس المراد منه التكليف الذي يأثم بتركه، بل أنه لا يجوز له الإقدام حينئذ، فإما أن يرفع الأمر إلى ولي الأمر أو يحجم، ولا يقتحم المعاطب.

وقوله: وإن استحق عينًا، قد يشمل المالك، والمستأجر، والموصى له بالمنفعة، والموقوف عليه، وفيه نظر، فإن الاستقلال بالأخذ للمالك فقط مما يتبادر من كلام الغزالي والرافعي، فيحمل كلام «المنهاج» عليه؛ لأن مستحق العين حقيقة هو المالك، وأمَّا غيره فيستحق المنفعة؛ لأن العين نفسها، وبعد تخريج ذلك على الخلاف الآتي المذكور في أن الخصم في العين هو المالك لا غير فتأمل ذلك، والأشبه أن مستحق المنفعة لا سيما المؤيدة في ما نحن فيه كالمالك، والله أعلم.

قال: **(أَوْ دَيْنًا)** أي: حالًا.

(عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ) أي: مع تيسير.

(طَالَبَهُ بِهِ) أي: إن كان حاضرًا.

(وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ) لأن الخيار في تعيين ما يدفعه إليه لا إلى

فَصْلٌ

أَوْ عَلَى مُنْكِرٍ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ ....

المستحق، فإن خالف وأخذ شيئًا من ماله لزمه رده، فإن تلف عنده ضمنه، فإن اتفقا جاء خلاف التقاص، أمَّا لو كان المقر الباذل للحق معذورًا بعينه أو غيرها فهل يكون كالجاحد أو كالمماطل؟ أو يفرق بين أن يمكنه الاستيفاء بالحكم ببينة يقيمها؟ لم أر فيه تصريحًا، وربما يأتي ما يخرج منه حكمه.

فَصْلٌ

لو كان الدين بدل قرض أو بدل لقطة يملكها الملتقط بشرطه، أو ثمن سعلة أفلس به، أو أثبتنا الرجوع للمقرض دون اللقطة، وصاحب السلعة والعين باقية والمدين يمتنع من بذلها، ويسمح باطنًا ببذلها فهل له أخذها بطريق الظفر وكالمغصوبة؛ لأنه يستحقها بعينها لولا قدرته على أخذ دية وهو البذل، والثمن هذا محتمل جدًّا؟ ولم أر فيه شيئًا، والأشبه أن له الأخذ جهرًا.

قال: **(أَوْ عَلَى مُنْكِرٍ)** أي: مطلقًا أو جهرًا فقط، كما قاله الجرجاني.

(وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ) أي: عند ظفره به لعجزه عمن أخذه إلا كذلك، ولا يجوز له أخذ غير الجنس مع القدرة على الظفر بالجنس على الصحيح، وقيل: يجوز، ذكره البغوي وغيره، وقد يؤيده إطلاق حديث هند، وهو أصل الباب: «**خُذِي مَا يَكْفِيك وَوَلَدِك بِالمَعْرُوفِ**»[(١)].

ويقرب أن يقال: إن قدر على الجنس إلى ركوب خطر أو مشقة لشدة إحرازه، ويمكنه الأخذ في الحال من غيره بسهولة جاز، وأما مع استواء الأحوال فلا معنى المعدول عن الجنس أهلًا، ثم موضع الجزم على الصحيح، والمشهور في الأخذ من الجنس لا من غيره ما إذا كان يعلم منه أنه لو حلَّفه يحلف، أمَّا لو كان يرجو إقراره لو أحضره القاضي وعرضت اليمين عليه وجب إحضاره، ولم يجز له الأخذ.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَكَذَا غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

إذا قلنا: إنه لو كان معسرًا مماطلًا لم يأخذ كما سيأتي، وأطلق ابن الرفعة في صورة الكتاب النقل عن القفال أنه لا يجوز له الأخذ، بل يقتصر على التحليف، وهو غريب.

قال الأصحاب: وفي حكم المنكر ما لو كانت له بينة، وعجز عن الأخذ بها لقوة سلطان الغريم.

فَرْعٌ: هل اختلاف النوع كاختلاف الجنس حتى لا يجوز له العدول عن نزع حقه المساوي له في الصفة إلى نوع آخر، الظاهر: المنع، ولا شك فيه إذا كان أشرف من نوع حقه، أمَّا لو كان دونه أو مساوٍ له في العرض والقيمة ففيه احتمال، والظاهر المنع، ولو وجد نوع حقه الذي منعناه أخذه عند وجود نوع يجب له مثله لا غير، فهل يجوز له العدول إلى جنس آخر كما لو لم يجد جنس حقه أصلًا فيه؟ نظر! والظاهر نعم؛ لأنه كجنس آخر؛ إذ العرض أنه ليس له تملكه وإن كان من جنس حقه وسيأتي ما قيل في ذلك.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) إن الذي أورده عامة الأصحاب لما في «الصحيحين» عن عائشة قالت: «**جاءت هند بنت عتبة فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ مِسِّيكٌ، فَهَلْ عَلَيَّ حَرَجٌ أَنْ أُطْعِمَ مِنَ الَّذِي لَهُ عِيَالَنَا فَقال: «لَا حَرَجَ عَلَيْكِ أَنْ تُطْعِمِيهِمْ بِالمَعْرُوفِ**»[1].

وفي لفظ: «**إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقال: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»[2].

فجوَّز لها الأخذ من غير فرق بين الجنس وغيره، والطريق الثاني فيه قولان، وعلى إيرادها اقتصر الفوراني والإمام والغزالي: أصحهما: الجواز، وثانيهما: المنع؛ لأنه لا يتمكن من تملكه، وليس له أن يبيع مال غيره لنفسه، فعلى هذا لو كان دراهم مكسرة وظفر بدراهم صحاح فهل له أخذها؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٦٠).
(٢) تقدم تخريجه.

أَوْ عَلَى مُقِرٍّ مُمْتَنِعٍ، أَوْ مُنْكِرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَلِكَ. وَقِيلَ يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ، ....

واعلم أنه في «الشرحين» اقتصر على إيراد قولين كالإمام وغيره، ولكنه في «الكبير» نسب الجواز إلى عامة الأصحاب، وكذلك صرَّح في «الروضة» بنقل طريقين كما أفهمه عبارة «المنهاج» والخلاف يجيء في «تعليق» الشيخ أبي حامد وغيره من كتب العراقيين أيضًا.

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة هنا: محل القول يمنع أحد غير الجنس إذا كان الغريم مصدقًا بملكه له، أمَّا لو كان منكرًا كونه ملك له جاز أخذه وجهًا واحدًا، صرَّح به الإمام في كتاب الوكالة، وقال: إنه مقطوع به، فليفهم الناظر ذلك وقد حكيت الخلاف فيه عن الأصحاب هناك أيضًا.

قلت: والذي ذكره الإمام وغيره هناك إنما هو مما إذا ادَّعى الوكيل أنه أمره بشراء أمة بمائتين، فقال الموكل: إنما أمرتك الشراء بمائة، فهناك رأى الإمام الجزم بأن له الأخذ والبيع بنفسه ليسترد ما غرمه، وقال غيره: فيه الخلاف المذكور هنا، والأصح وفاقًا هناك أن له أخذها وبيعها بنفسه؛ لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع؛ ولأن المظفور بماله في غير هذه الصورة يدعي المال نفسه، وهنا بخلافه، وحينئذ لا يحسن إطلاق القول هنا بالجواز من غير بيان أنه في صورة خاصة.

قال: **(أَوْ عَلَى مُقِرٍّ مُمْتَنِعٍ، أَوْ مُنْكِرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ)** ما تقدم فيما إذا لَم يمكن تحصيل الحق بالقاضي، أمَّا إذا أمكن تحصيله به بأن كان مقرًا لكنه يمتنع من الأداء أو كان منكرًا في الظاهر، وللمستحق بينة، فهل يستقل بالأخذ أم لا؟ فيه وجهان:

أصحهما على ما ذكره القاضيان أبو الطيب والروياني، ويحكى عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة أن له ذلك لقصة هند فإنه ﷺ لم يأمرها بالمرافعة؛ ولأن في المرافعة مؤنة ومشقة وتضييع زمان، وربما جرح الشهود.

والثاني: المنع، وبه أجاب الإمام والغزالي في «بسيطه».

وقال في «الذخائر»: ولم يحك الخراسانيون سواه، وادَّعى الغزالي بأنه

....

محل وفاق كما لو أمكنه تحصيل الحق بالمطالبة والتقاضي، وعلى هذا لو كان المستحق يرجو إقراره لو أحضره عند القاضي وعرض عليه اليمين وجب إحضاره، ووجه القاضي أبو الطيب المنع بأن البينة حجة ممكنة أخذ الحق بها، وكانت بمنزلة إقراره بالدين وهو مماطل، وقضيته أن المقر المماطل لا يجري فيه الخلاف؛ وبذلك صرَّح الإمام والغزالي.

قال ابن الرفعة: وفي «الحاوي» والرافعي التسوية بين المقر المماطل والمنكر الذي عليه البينة في إجراء الخلاف في جواز الأخذ، لكن الماوردي خص الخلاف فيهما بما إذا كان المأخوذ من غير الجنس، وقال فيما إذا كان من الجنس أنه يجوز وجهٌ واحدٌ؛ لأن إخراجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم.

وكلام «التنبيه» يقتضي إجراء الخلاف في الحالين، انتهى.

واعلم أن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين أن تكون البينة حاضرة يتيسر الثبوت بها أو غائبة يتأخر الأمر إلى حضورها، وللفرق وجه بيّن لا سيما عند طول الغيبة وبعد المسافة، وإنه لا فرق بين البينة البارزة العدالة وبين المحتاجة إلى النظر فيها والتزكية، ولننظر فيما لو كان له شاهد واحد، والحق مما يقتضي فيه بالشاهد واليمين، والحاكم يرى ذلك هل هو كمن له شاهدان أم لا حتى يجوز له الأخذ جزمًا لما فيه من تكليفه اليمين ظلمًا، وربما رفع إلى من ينقضه فيه احتمالًا، والأقرب أنه كمن له بينة كاملة.

تنبيهات:

أحدها: الأقوى نظرًا ما جزم به الإمام من عدم الاستقلال بالأخذ مع المكنة من أخذه بالحاكم ونحوه؛ لأن الاستبداد على خلاف القياس، فينبغي ألَّا يجوز إلا عند الضرورة. وأما التمسك بقصة هند ففيه وقفة؛ لأن حاجة الزوجة والولد تتكرر كل يوم، بل في اليوم الواحد، فلو أحوجوا إلى الترافع إلى الحاكم لأدى إلى مشقة فادحة لا تحتمل، بخلاف الدين، ولا أحسب أحدًا يحوج الزوجة والقريب إلى المرافعة صباحًا ومساءً على أن الاستدلال

....

بالقصة فيه ما فيه، فإن الزوجة مداخلة للزوج، ومشاركة في اليد على ماله بخلاف الأجنبي ففي إلحاقه بها وقفة من هذه الحيثية، وقد جاز أن قولها ذلك كان حين تبعه النساء، وأن أبا سفيان كان حاضرًا، وإنه قال لها: هو لك حلال، فإن صحَّ هذا كان إذنًا منه لها.

ثانيها: قال في «الوجيز»: وإن كان يتعذر رفعه بتعزره أو تواريه، فإن ظفر بجنس حقه فله أخذه، وإن كان بغير جنس حقه فقولان، قال الرافعي في كلامه على ألفاظه: الحكم على ما ذكره منوط بتعذر رفع الخصم إلى القاضي، وعلى هذا فالغائب كالمتعزر والمتواري، وكذلك هو في كلام الإمام.

قلت: و«البسيط» و«الوسيط» ولفظه: بأن تعذر رفعه إلى القاضي لتعزره أو تواريه أو هربه المسألة، قال: وناط في «التهذيب» وغيره الحكم بتعذر حصول الحق لا بتعذر رفع الخصم، وقضيته أن يكون الغائب والمتواري المتعزز كالحاضر المقر لإمكان التحصيل منهم بإقامة البينة عند القاضي، انتهى.

وطرحته «الروضة» برمته، والذي يظهر أن الآخذ من مال المتعزر والمتواري والهارب أولى بالجواز من الحاضر المماطل البارز، وأولى بالجواز لما سبق في الحكم على المتواري والمتعزر من التطويل والمشقة، ولما فيه من تكليف صاحب الحق من الحلف مع البينة وتأخير حقه إلى النداء على بابه وغيره مما سبق.

وأمَّا الغائب فإن كان مقرًا مماطلًا أو منكرًا فلا خفاء في أمره، وكذا لو كان متعديًا بالتأخير، وإن كان مقرًا باذلًا لو كان حاضرًا ولكنه معذور بالغيبة ففي إلحاقه بها ولا نظر لوضوح الفرق بينه وبينهم.

ثالثها: لو كان مقرًا لكنه يدعي تأجيله كذبًا ولو حلف عليه فحلف فهل للمستحق الأخذ من ماله؟ يحتمل أن يقال له ذلك قطعًا، ويحتمل أن يفرق بين أن يكون ما ذكره آجلًا قريبًا أو بعيدًا، ويحتمل أن يبني على الوجهين أو القولين في المماطل.

....

إن قلنا: ثم يجوز الأخذ فهاهنا أولى؛ لأن مشقة المرافعة أخف من الصبر إلى الحلول، ولا سيما إذا ذكر أجلًا بعيدًا، وقد يفوت الحق جملة، وأيضًا فقد يماطل بعد الحلول، وإن قلنا ثم لا يجوز فهاهنا وجهان، والفرق ما أشرنا إليه.

رابعها: لو كان المدين صغيرًا أو مجنونًا أو سفيهًا بأن أتلف له شيئًا ولا بينة له بذلك، فالظاهر أن له الأخذ من ماله، فالجاحد الذي لا بينة عليه ولو كان المدين مقرًا ولكنه ادَّعى الفلس، وأقام بينة أو صدق بيمينه ورب الدين يعلم أن له مالًا لهم نظر، إن لم يقدر على إقامة بينة بالمكتوم فله الأخذ منه، وإن قدر على بينة فيخرج على الوجهين فيما لو كان جاحدًا أو عليه بينة، ولو جحد قرابة من تلزمه نفقته أو ادَّعى العجز عنها كاذبًا أو أنكر الزوجية فعل ما فعلناه إلى إنما يأخذ قوت يوم بيوم فيما يظهر، ولا نقل عندي في هذا كله.

خامسها: حقه دراهم صحاح وظفر بمكسرة، قال في «الروضة»: فله أخذها وتملكها بحقه، ولو استحق مكسرة فظفر بصحاح فالمذهب جواز الأخذ لاتحاد الجنس، وقيل فيه الخلاف في اختلاف الجنس لاختلاف العرض وإذا أخذها فليس له تملكها ولا يشتري بها مكسرة لا متفاضلًا لما فيه من الرياء، ولا متساويًا؛ لأنه يجحف بالمأخوذ منه لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير، وإن كانت غير نقد البلد للضرورة، ويشتري بها دراهم مكسرة وتملكها، انتهى.

والرافعي حكى هذين الطريقين عن رواية الإمام من غير ترجيح أصلًا، وأمَّا الغزالي في «البسيط» إلى ترجيح طريقة إجراء القولين.

وقال في «الوسيط»: ويخرج جواز أخذه على القولين، ومنهم من قال: هو كجنس حقه، فرجح الأولى وفي «الروضة» أن الجمهور أطلقوا جواز الأخذ من غير الجنس، فأخذ النوع أجوز، وإيراد «الوجيز» يقتضي الجزم بالجواز، ولم يتعرض الرافعي لذلك، نعم كان ينبغي أن ينبّه على ذلك ولا يدرجه في أصل كلام الرافعي، ووهم فيه فقال: قال الخراسانيون: إذا كان حقه صحاحًا فوجد مكسرة أو بالعكس فطريقان.

وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ باب وَنَقْبُ جِدَارٍ لَا يَصِلُ الْمَالَ إِلَّا بِهِ، ....

ثم حكى عنهم أنه لا يجوز له تملكه قطعًا بل يبيعه ويأخذ مثل حقه، والصواب ما قدمته، ثم قال: وأمَّا على طريقة العراقيين فيجوز الأخذ جزمًا، ثم جعلناه بمثابة الجنس الواحد جاز له أخذ قدر حقه أو بمثابة الجنسين كان له حكم الجنسين، والمتحرر من ذلك أنا إذا جعلناه كالجنس الواحد فله أخذه، ويملكه قولًا واحدًا، أو كالجنسين، ففي جواز أخذه القولان، فإن جوزناه لم يملكه كالجنسين، انتهى.

وهذا خبط فاحش، قال الدارمي: وإذا كان له حق على من يمنعه فله أخذه بحيلة من تسلط على وديعة أو خلسة أو مقابضة أو أخذ من غير علمه، فإن أخذ من جنس ماله أو غير ماله فذاك، ويأخذ من الجنس بالوزن والكيل لا بالقيمة، انتهى وفيه فوائد.

قال: **(وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ باب وَنَقْبُ جِدَارٍ لَا يَصِلُ الْمَالَ إِلَّا بِهِ)** أي: إذا كان ذلك مختصًا بملك الخصم الظالم بالمنع، ولم يتعلق به حق للغير كرهن وإجارة ووصية منفعة، ولا يضمن ما فوقه كمن لا يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله.

وحكي وجه أنه يضمن، أمَّا لو كانت سكنه بإعارة أو إجارة أو وصية أو وقف فلا خفاء أنه لا يجوز للمستحق ذلك، واعلم أني لم أر تجويز كسر الباب ونقب الجدار إلا في كلام القاضي الحسين ومن تبعه، وكلام العراقيين ساكت عنه ووددت لو خصص ذلك بما إذا لم يجد سبيلًا إلى الأخذ بالحاكم كما في صورة الجحود وعدم البينة، ولم يجد طريقًا سواه.

أمَّا لو كان له بينة وقدر على أخذ حقه بها ففيه بعد، وإن كان المدين غاصبًا بالمطل والإنكار والتعزز والتواري؛ لأن الأخذ بالحاكم عند المكنة أسهل وأخف كلفة وخطر من نقب جدار وكسر باب، والصائل يدفع بالأسهل فالأسهل، فقياسه هذا أنه إذا أمكن الاستيفاء بالحاكم ونحوه لا يجوز إتلاف الجدار ولا غيره، وليس في الحديث الذي هو عمدة الباب ما يدل على هذا كله للأجنبي، ثم راجعت «التهذيب» فوجدته قد ذكر جواز نقب الجدار عقب

....

كلامه على ما إذا كان المدين جاحدًا ولا بينة له، ولا يمكنه أخذ حقه بالحاكم، ثم قال بعد هذا: فإن كان يقدر على أخذه بالحاكم، فإن كان من عليه مقرًا ولكنه ممتنع من الأداء أو كان جاحدًا ولكن لصاحب الحق بينة عادلة يمكنه إثبات الحق عليه، فهل يجوز له أخذه من غير أن يثبته الحاكم؟ فيه وجهان، انتهى.

فخص نقب الجدار بالقسم الأول حيث لا يمكنه أخذ حقه بالحاكم.

وعبارة «الكافي»: نظر إن كان لا يقدر على أخذه بالحاكم بأن كان جاحدًا ولا بينة له أو كان باب الحاكم فاسدًا فله أن يأخذ جنس حقه، ثم ذكر أنه إذا لم يصل إليه إلا بنقب جداره فله نقبه، ثم قال: وإن كان يقدر على أخذ حقه بالحاكم إلي.

وأيضًا فسبق أن الخراسانيين قطعوا بالمنع من الأخذ عند التمكن من الاستيفاء بالحاكم، وهو الجواب في «تعليقي» البغوي وإبراهيم المروزي، والغزالي حكى الاتفاق عليه، وبه يظهر أن القاضي الحسين إنما أباح النقب ونحوه في القسم الأول خاصة كما هو ظاهر كلام «التهذيب» و«الكافي».

وأيضًا، فإنه إذا كان المأخوذ من غير جنس حقه والغريم مقرًا وله عليه بينة بالحق لا يستقل الأخذ بالبيع على المذهب بل إنما يبيع بالحاكم، وإذا كان لا بد من الحاكم فرفع الأمر إليه من الأول إذا كان يمكنه أن يخلص حقه به ولا ينقب جدارًا ولا يكسر بابًا لما فيه من الخطر، وتوقع الضرر، والإمام والغزالي إنما نقلا نقب الجدار عن القاضي الحسين، وقد علمت طريقتهما في المسألة.

فإذن قول الإمام والرافعي مهما جاز للمستحق أن يأخذ إلى آخره من محال التوقف إن لم ينزل على ما ذكرته، وتنزيل كلام الإمام ظاهر، بخلاف الرافعي والمصنف ولا يلزم من تجويز ذلك عند الضرورة إلحاقه التي لا مندوحة عنها بتجويزه في الحالة الثانية مع إمكان الاستيفاء بالحاكم، وإن قلنا بجواز الأخذ في هذه الحالة لعدم الضرورة إلى الإتلاف وارتكاب الخطر هذا

ثُمَّ الْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ ....

ما خطر لي ولست على ثقة منه، والله أعلم.

فَرْعٌ: حد من توجيه تجويز كسر الباب ونحوه أنه لا يجوز ذلك في ملك الغائب المعذور، وإن جوزنا للأخذ ولا في ملك الصبي والمجنون، وإنما ذلك بالتعدي بالمنع، وكذا لا يجوز ذلك في جدار غريم الغريم قطعًا، ورأيت من يتوهم أن كلام «الروضة» يقتضي ذلك وسنذكره وهو غلط محض، قيل: لو غصب نجاسة بنقع كجلد ميتة وسرجين وكلب معلم وحجة ولا بينة فهل له كسر بابه ونقب جداره إذا لم يصل إليها إلا بذلك؟

قلت: إنما تكلموا في المال خاصة، والظاهر أنه يجوز له كالمال؛ لأنها حق له، ويجوز الدفع عنها كالمال، وقد قالوا: لو كان له كلب محترم مضطر ومع غيره شاة جاز له مكابرة ربها عليها لإطعامه وتضمنها له.

قال: (**ثُمَّ المَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ**) أي: بدلًا عمَّا استحقه، وكذا عبارة «الروضة» و«الشرحين» فله تملكه، وقضيتها أنه لا يملك بالأخذ بل يتملك بحدثه.

وعبارة «المحرر» على ما رأيته في نسخ: تملكه، ونحوها قول «التهذيب»: ثم إذا أخذ جنس حقه ملكه، وقضيته أنه يملكه بالأخذ ولا يجوز إلى إحداث تملك جديد.

وعبارة «تعليق» إبراهيم المروزي: فإن أخذ جنس حقه إن كان من ذلك النوع بتلك الصفة كما أخذه ملكه، ولا يحتاج إلى اختبار التملك، انتهى.

ووجهه إنما أخذه مستوفيًا بإذن الشارع، وأشبه ما لو أقبضه إياه الحاكم فإنه يملكه بالأخذ.

وعبارة «الحاوي»: ويصير يأخذه في ضمانه، وعلى ملكه، ويجوز أن يحمل كلام الشيخين على هذا، ويكون المراد بقولهما: قلة تملكه، أي: تموله، والتصرف فيه بالأخذ لا أنه يحتاج إلى إحداث قصد تملك بعد الأخذ، وهذا ظاهر إن أخذه بقصد بالاستثناء.

وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ، وَقِيلَ يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ يَبِيعُهُ ....

أمَّا لو لم يقصده فلا بد من تملك يحدثه.

فَرْعٌ: أطلق بأنه إذا كان من جنس حقه أنه يتملكه، وهذا إذا كان على صفة حقه أو دونها، أمَّا لو كان فوق حقه في النوع والصفة فلا قطعًا؛ لأنه استيفاء قهري، فلا يجوز له أخذ الأجود فيه نوعًا وصفة فلا بأن كان حقه من نوع رديء والمأخوذ من نوع جيد، أو كان حقه معيبًا والمأخوذ سليمًا، وإن كان المأخوذ دون حقه في النوع والصفة بأن كان بالعكس مما ذكرنا فإنه علله إذا رضي به وسامح بالجودة، نعم لو كان حقه وجب عن مسلم.

فسبق قول المصنف: إنه لا يصح أن يستبدل عنه غير نوعه، وقضيته أن يكون اختلاف النوع كاختلاف الجنس، فيكون حكمه ما سيأتي، لكن سبق هناك ذكر خلاف فيه، وأن الراجح الجواز خلافًا لهما.

وعبارة «الروضة»: ثم إن أتى بنوع آخر بأن أسلم في التمر المعقلي فأحضر البرني، أو في ثوب هروي فأتى بمروي فأوجه:

أصحها: تحريم قوله المسألة فيأتي هنا ما ذكر هناك في الجواز وعدمه نعم له هناك الأجود بلا خلاف.

قال: **(وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ)** أي: بنفسه مستقلًا للحاجة ولا يتملكه.

(وَقِيلَ: يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ يَبِيعُهُ) إذا ظفر بغير جنس حقه وجوزنا له أخذه على المذهب، فالمشهور وبه جزم في «المحرر»: إنه لا يجوز له تملكه، وفيه وجه: إنه يجوز أن يتملك قدر حقه، ويستقل بالمعاوضة للضرورة، وأبداه في «الانتصار» تفقهًا إذا علم من نفسه أنه يأخذه بثمن المثل أو زيادة، وفي إذنه ﷺ لهند أن تأخذه من مال أبي سفيان مطلقًا، من غير تقييد بجنس النفقة والكسوة، ولم يبين طريق تحصيل الكفاية دليل لجواز التملك بقدر ثمن أو بالزيادة عليه؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز أن يتملك ما هو من جنس حقه، فكذا إذا لم يكن من جنس حقه، انتهى.

والمشهور الأول، وفي «حلية» الروياني: لا خلاف فيه، لكن لو كان

....

المأخوذ مما يتسارع فساده، ولم يجد مشتريًا في الحال، ولو أخَّره لذهبت ماليته، أو يعطهما فهل أنه يتملكه بدلًا من حقه؟ فيه نظر، ولعلَّ الأقرب الجواز نظرًا لهما، وإن منعناه من تملكه في غير هذه الصورة، ثم هل له بيع المأخوذ بنفسه أم يجب عليه رفعه إلى القاضي ليبيعه؟ فيه وجهان، ويقال قولان: أصحهما عند العراقيين وغيرهم: الجواز، ونسبه الماوردي إلى الجمهور والرافعي في «شرحه الصغير» إلى ترجيح أكثر الأصحاب.

وذكر البندنيجي أنه المنصوص.

وقال المزني في كتابه من قول الشافعي: وَلِلْمَرْءِ أَنْ يَأْخُذَ قَدْرَ حَقِّهِ وَحَقِّ مَنْ يَلِي أَمْرَهُ مِنْ مَالِ مَنْ جَحَدَهُ إذَا قُدِّرَ عَلَيْهِ مِثْلُ حَقِّهِ أَوْ قِيمَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إلَّا عَرَضًا بَاعَهُ وَاسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِهِ مِقْدَارَ حَقِّهِ، انتهى لفظه وفيه فوائد. وممن صحح الاستقلال بالبيع الروياني وأبو الحسن العبادي والفوراني في «العمد» و«الإبانة» وبه أجاب في «التهذيب» لكن فيما إذا كان القاضي جاهلًا بالحال ولا بينة للأخذ، أمَّا لو كان القاضي عالمًا، فالظاهر والمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه.

وقال في «تعليقه»: ولو كان الحاكم عالمًا بحاله فإنه لا يبيعه إلا بإذنه على ظاهر المذهب، وإن كان الحاكم به جاهلًا، ولم يكن له بينة بحيث يثبت الحال بين يديه فليأت يبيعه بنفسه، انتهى.

والوجه الثاني: وهو قضية كلام «الوجيز» وفي «الوسيط» أنه القول المشهور ولم يذكر القفال غيره أنه لا يبيع بنفسه، وكذا قال في «البسيط» قال: بل يرفعه إلى القاضي ليبيع بجنس حقه فيصرف إليه.

قال الصيدلاني: ولم يذكر القفال إلا هذا، ومن أصحابنا من خرج وجهًا آخر: إنه يبيع بنفسه؛ إذ لا خلاف أن القاضي لا يقول على مجرد قوله بل يطالبه بالبينة على استحقاقه وعلى كون العين ملكًا لمن عليه، وهذا إنما بني على الحاجة ليتيسر الوصول إلى الحق، ولكن المشهور ما سبق، فكأنهم قدروا العين في رفعه إلى القاضي، إمَّا لتعزه وإما لتواريه، ولم يقدروا عسرًا في

....

البينة، ومساق هذا يلزمهم المنع من الأخذ إذا قدر، فيقولون: ليرفعه إلى القاضي وليحلفه فليس إلا ذلك، انتهى.

وهو يهذب له من «النهاية» ولم يضعا شيئًا، والمذهب والمنصوص: الاستقلال.

قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: المنصوص أنه يبيعه بنفسه ويصرفه إلى حقه، ومن أصحابنا من خرج قولًا آخر: إنه يرفع الأمر إلى القاضي ليتولى القاضي بيعه، وهذا ليس بقوي؛ لأنه إذا رفع الأمر إليه لا يصدقه، وينتزع العين من يده ويردها إلى صاحبها، ولعلَّ القولين فيما إذا رآه القاضي يتلف ماله أو يجني بجناية فيها المال، وقلنا: يقضي بعلمه وإنما يبيع بنقد البلد كالوكيل، انتهى.

وقال الماوردي: إذا أراد بيع المأخوذ في حقه فلأصحابنا وجهان، قال أكثرهم: يجوز أن يتولاه بنفسه لتعذر بيع الحاكم له إذا تعذرت البينة، والثاني وهو قول ابن أبي هريرة: لا يجوز لامتناع أن ينفرد ببيع ملك غيره في حق نفسه كالرهن، ويتوصل إلى بيع الحاكم بأن يتأمن عليه رجلًا، ويحضر إلى الحاكم ويدعي عليه أن له دينًا على غريم غائب، وقد ائتمن هذا على ما في يده على أن يبيعه في ديني، وأسأل إلزامه ببيع ذلك وإلزامه قضاء ديني فيه، وتعرف الحاضر مما ادعاه من الدين وائتمانه على ما في يده، فيأمر الحاكم ببيعه، ولا يلزم أن يسأل مع يده واعترافه عن جهة الدين ولا ملك العين، فيصح البيع بإذنه، ويصل صاحب الدين إلى حقه من ثمنه. وقد حكي عن ابن أبي هريرة غير هذا، وأنه يتوصل إليه بأن يدَّعي الذي على المدفوع إليه ذلك، ويوافقه على إقراره، وأن ما بيده ملكه حتى يأمر الحاكم ببيعه، وهذا ما حكاه الرافعي وغيره.

قال الماوردي: كذب صراح، والأول محال محتمل، وكراهة التحمل الموضوع ينزه عنه أهل الورع والحرج، فدعت الضرورة في استعمال الوجه الأول يعني أنه يبيع بنفسه مستقلًا حيث لا بينة له.

....

وقال الرافعي: هذا إرشاد إلى الكذب في الطرفين، ويضعف التفريع على وجوب الرفع يقوى وجه الاستقلال، انتهى.

وقال الماوردي: قال ابن المرزبان: الحيلة أن يدعي على من يأمنه دينًا على ذلك الشيء فيبيعه الحاكم، وكأنه يريد أنه رهنه إياه بدينه، قال: وكذلك إذا كان عليه حق على رهن لا يدفعه جاز للمرتهن بيعه على الوجهين، انتهى.

ولعل صوابه على أحد الوجهين، وبنى الجويني الخلاف في المسألة على الخلاف في أن الملتقط إذا وجد مع اللقيط مالًا، وأراد إنفاقه عليه هل يرفع الأمر إلى القاضي أم يستقل به؟ ونازعه الرافعي بما ذكرناه في «الغنية».

قال الرافعي: فإن ألزمنا الآخذ رفع الأمر إلى القاضي فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه أو يفوضه إلى غيره؟ فيه وجهان، والأشبه الأول.

قلت: وكان الخلاف فيما إذا كان القاضي عالمًا بالحال، أو كان المدين متواريًا أو متعززًا، وقد قامت البينة عليه بالحق؛ إذ الخلاف أن القاضي لا يقول على قوله: بل يطالبه بالبينة على استحقاقه، وعلى ملك الغريم العين، وإلا فالحاضر المتيسر إحضاره مجلس الحكم لا بد من إحضاره، أو وكيله والدعوى عليه، وحينئذ تخرج المسألة عن كونها من صور الظفر ويبعد القول في هذه الحالة أن القاضي يأذن له في البيع بنفسه فتأمله.

قال الرافعي: وكيف طريقه عند الرفع؟ ذكر في «الوجيز» أن القاضي يبيعه عليه بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يبطل.

فائدة: تجويز البيع عند العجز عن البينة وقيل: يواطئ، وذكر ما سبق.

قلت: والغزالي وإمامه فوضا الرفع في المتواري والمتعزز إذا كان له بينة بالحق وأشعر كلامهما بمنع الأخذ حيث لا بينة له وإذا امتنع البيع لواحد وأيدا في «البسيط» ما سبق، وكله يبنى على ما نسبه إلى القفال، وقد علمت شذوذه.

تنبيهات:

منها: على المصنف مناقشته من وجوه:

....

أحدها: إن «المحرر» لم يرجح شيئًا بل قال: فيه وجهان، إن رجح كلامهما طائفة من الأصحاب.

ثانيها: إطلاقه ترجيح استقلاله بالبيع من غير فرق بين أن يكون له بينة أو لا مع قول «الروضة»: إنه إذا كان القاضي جاهلًا بالحال ولا بينة للآخر، فإن كان القاضي عالمًا فالمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه.

ثالثها: أطلق أنه يتملك المأخوذ من جنس حقه، وقد علمت ما فيه من التفصيل وأنه إذا كان أعلى من نوع حقه وصفته أنه لا يتملكه بل يكون كاختلاف الجنس.

ومنها: حكى الماوردي الوجهين في جواز الأخذ فيما إذا قدر على حقه بالحاكم، إمَّا لوجود البينة أو لإقرار المماطل، ثم ذكر أن الجواز قول من زعم أن المستحق يستقل ببيعه من غير حاكم، وأن المنع قول من زعم أنه لا يجوز له البيع إلا بالحاكم، وهذا ما أشار إليه في «البسيط» إثر كلامه على استقلال بالبيع والرفع.

قال: وهذا كله فيمن له بينة، فإن لم يكن وعلم أنه لو رفعه إلى القاضي لحجة وحلف، فكلام القفال في تكليفه الرجوع إلى القاضي في البيع وإقامة البينة يشعر بأنه لا يأخذ شيئًا، وإنما له حق التحليف فقط، ولا يبعد عندي أنه يجوز له الأخذ إذا ظفر به؛ لأن المقصود إيصال الحق إليه إذا تعذر، انتهى.

وما أبداه هو المذهب المشهور.

ومنها: إذا أريد بيع المظفور به، نظر إن كان الحق من جنس نقد البلد بيع به، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة مثلًا، قال الرافعي: فيباع الثوب بنقد البلد ثم يشتري به الحنطة، وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب، ولا يثبت النقد بينهما، وقد سبق نظيره.

قلت: فإنه أشار إلى قوله في كتاب الوكالة: إنه لو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوق غرماء المفلس والمرتهن من غير نقد البلد جاز، قال:

....

وقد مرّ ذلك في الرهن، ولم يحك في الموضعين غيره، فإن كان الكلام هنا فيما إذا تولى الحاكم البيع أو أذن فيه صح التنظير، والتجويز هنا أولى، لكن قضية إطلاقه أنه لا فرق على ما نقله الإمام بين أن يبيع بالقاضي أو بنفسه.

وسيأتي ما هو صريح في ذلك، وبيعه بنفسه بجنس حقه لم يتقدم له نظير فيما أعلم، وظاهر كلام الرافعي و«الروضة» هنا أن ما حكاه الإمام وجهًا، وأن المذهب أنه لا يبيع بغير نقد البلد، ولهذا طرحه في «الشرح الصغير» وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: وإنما يبيع بنقد البلد كالوكيل، ويحتمل أن يقال: يبيع بجنس حقه غير أنه يبالغ في المماكسة، انتهى.

وفي «البسيط»: إذا قلنا يبيع بنفسه وكان له برٌّ أو شعيرٌ قال الأئمة: يبيعه بنقد البلد، هكذا قال القاضي، وفيه إشكال في أن تكليف بيعين وتطويل الأمر ولا بد من تحصيل جنس الحق لا معنى له، فليحصل جنس حقه في البيع الأول، وقد ذهب طائفة إلى أن له أن يبيع بجنس حقه، وهو متجه.

وقال في «الوسيط»: قال القاضي: يبيع بالنقد ثم يشتري به الحنطة، فإنه كالوكيل المطلق لا يبيع بالعرض، وقال غيره: وهو الأصح بجنس حقه، ولا معنى للتطويل، واقتضى كلامه في الكتابين أن للقاضي البيع بجنس الحق جزمًا، وإنما التردد فيما إذا باع بنفسه مستقلًا.

وما اقتضاه كلامه في بيع القاضي منطبق على ما مر في الرهن، فإن صح هذا وإلا حصل ثلاثة أوجه:

ثالثها: إن الحاكم يبيع به دون المستحق.

ثم ذكرنا من البيع بجنس الحق على التقدير إنما يظهر إذا كان ثمن المأخوذ قدر حقه أو أنقص منه، أمَّا لو كان أكثر منه بأن كان عليه حنطة قيمتها عنده درهم مثلًا وظفر بثوب يساوي مائة درهم ولم يمكنه بيع بعضه، فيبعد أن يقال: يباع كله بجنس حقه سواء باع هو أو الحاكم، ولا سيما إذا كان جنس حقه مما يشرع إليه الفساد، بل يتعين هنا البيع بنقد البلد ثم يشتري من الثمن مقدار حقه، وهذا ظاهر

....

وإن لم يذكروه ثم يسعى في إيصاله بقية الثمن كما سيأتي.

ومنها: إذا لم يظفر إلا بغير جنس الحق، فقد أطلق المصنف وغيره: له الأخذ من غير فرق، وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه لو كان حقه دنانير مثلًا ووجد لغريمه دراهم وعروضًا، وأمكنه أخذ الدراهم التي هي نقد البلد أنه لا يأخذ العروض؛ لئلا يحتاج إلى بيعها بالدراهم ثم يحتاج إلى شراء الدنانير بها، بل يأخذ الدراهم ليشتري بها جنس حقه من غير حاجة إلى بيع ثم شراء.

وإلى هذا يشير قول «الترغيب»: وإن كان غير جنس حقه، فإن وجد النقد أخذه واشترى جنس حقه، أي: وإلا عدل إلى غيره على الصحيح، لكن هل هذا واجب كما لو وجد جنس حقه لا يعدل إلى سواه على المذهب أو هو على سبيل الاختيار؟ فيه نظر، الأول أقرب؛ لأنه تصرف ضروري فلا يتجاوز فيه موضع الضرورة وأخذ العرض ثم بيعه بنقد البلد ثم شراء جنس الحق مع تمكنه من الظفر بنقد البلد فصول لم تدع إليه حاجة ولا ضرورة.

ومنها: لو كان المأخوذ يحتاج نقله إلى مؤنة نظر، فإن كان من جنس حقه وبصفته وكان بحيث لو دفعه للغريم لزمه مؤنة نقله؛ لأنه في غير محل تسليمه، فيحتمل أن يجوز له أخذ أجرة مثل نقله، ويحتمل أن يقال: إن كان ينقله هو بنفسه أو بعبده أو دابته فلا، وإن كان بأجرة فله ذلك، وإن لم يكن على المدين نقلٌ؛ ولأن ذلك مكان التسليم، فلا يأخذ أجرة بحال، وأمَّا إذا كان المأخوذ من غير جنس حقه أو نوعه الواجب ومكان الظفر غير صالح للبيع فهل مؤنة النقل في مال الغريم؟ إن قلنا يد الآخذ يد أمانة فنعم، وإن قلنا يد ضمان فيحتمل أن يكون على الآخذ كالمستام، وفيه نظر.

أمَّا أجرة الدلَّال ونحوه عند الحاجة إليها فهي في مال المدين كما لو باع الحاكم أو الوكيل، ويتولى رب الدين صرف ذلك بنفسه إذا قلنا يبيع بنفسه للضرورة، ولم أر في هذا كله نقلًا، والله أعلم.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: لزيد على عمرو عشرة دراهم فسرق زيد له كُرَّ

وَالْمَأْخُوذُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ فَيَضْمَنُهُ إِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ، ....

حنطة فامتنع عمرو من أداء دينه لما له عليه من الحنطة، قال القفال: ليس له ذلك إذ لا يمكن التقاص، فقيل له: على أحد القولين إذا ظفر بغير الجنس له أخذه ثم يبيعه بنفسه، أو يوكّل رجلًا فيبيعه بجنس حقه إن كان أرفق بمالكه بأن كان حقه دراهم ونقد البلد دنانير، وكان بيع العين المأخوذة بالدرهم أرفق به بيعها بها، وإن كان بيعها بالدنانير أرفق بالمدين باعها بها ثم يصرفها إلى الدراهم ثم يقبضه من نفسه أو وكيله؛ لأنه قام في هذا مقام الحاكم، قال يعني القفال: لم أسمع هذا، ولكن لا يبعد أن يقال: إن عمر يصرف ما عليه من الدين إلى الحنطة ثم يقبضها، وكذا سارق الحنطة يوكل رجلًا ليبيع الحنطة ويصرفها إلى الدراهم، ثم يأخذ منه حقه، انتهى.

وهذا منه يشعر بأنه ليس له أن يتولى بيعها بنفسه، بل يوكل فيه فيكون وجهًا ثالثًا فيمن يتولى البيع.

قال: **(وَالْمَأْخُوذُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ فَيَضْمَنُهُ إِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ)** أي: لأنه يأخذه لغرضه فأشبه المستلم بل أولى فإن المالك لم يأذن فيه؛ ولأن المضطر إذا أخذ ثوب الغير لدفع الحر وتلف في يده ضمنه فكذا هنا، وبهذا أفتى القفال، وهو الأقوى في «المحرر» و«الشرحين» وهو ما أورده الصيدلاني والإمام والغزالي وإبراهيم المروزي وابن أبي عصرون في «مرشده» و«تنبيهه» وصححه في «اقتصاره».

والثاني: لا يضمنه من غير تفريط؛ لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل إلى الحق، فأشبه الرهن، وإذن الشرع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك، وهذا ما صححه المحاملي في «المقنع» والجرجاني في «الشافي» و«التحرير» والقاضي الروياني، وأرسل كثيرون الوجهين بلا ترجيح ومنهم الماوردي وابن الصباغ والعمراني والفوراني والبغوي في «التهذيب» وفي «تعليقه» وما أخذه مضمون عليه بحقه، فلو كانت قيمته عشرة فعادت إلى خمسة، فإنه يسقط من حقه خمسة، ولو كانت قيمته خمسة فبلغت عشرة فكذا يسقط من حقه خمسة، قال المعلق: قال شيخنا الإمام: إذا أخذ من غير جنس حقه وجب ألَّا يكون

....

مضمونًا عليه، كما لو دفع شيئًا إلى رجل وقال: بعه واستوف حقك منه لا يملك عينه، فكذا هاهنا، انتهى.

وأجاب إبراهيم المروزي عنه بأن هذا بثمنه وسلطه، بخلاف الغريم، وسلك الإمام وغيره طريقة سيأتي ذكرها.

تنبيهات:

منها: قضية كلام الشيخين جريان الوجهين فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه وبصفته وقدره، وهذا من ثمرة الخلاف العبارة السابقة في أن المأخوذ من جنس حقه بصفته وقدره هل يملكه بالأخذ أم لا بد من إحداث تملك بعد ذلك؟ والذي اقتضاه كلام الماوردي والمحاملي والبغوي وغيرهم الأول، وحينئذ يدخل في ضمانه بمجرد الأخذ بهذا القصد بلا خلاف والأصحاب، إنما صورة المسألة فيما أخذ غير جنس حقه والمستوفي منه بالبيع وتلف في يده قبل ذلك، أنظر قول الماوردي في أخذه قدر حقه من جنسه بوزنه أو كيله ويصير يأخذه في ضمانه، وعلى ملكه، وإن لم يقدر على جنس حقه وعدل إلى غيره جاز، فإذا أخذه ففي حكم يده وجهان:

أحدهما: إنها يد أمانة لا توجب الضمان حتى يباع ويستوفي حقه منه كالرهن، فعلى لو تلف في يده قبل بيعه كان حقه باديًا، ويجوز أن يعود فيأخذ من مال الغريم بقدر دينه.

والثاني: إن يده ضامنة لما أخذه قبل بيعه وبعده بخلاف الرهن عن مراضاة، وهذا عن أخبار، فعلى هذا إن تلف في يده كانت قيمته قصاصًا عن دينه إذا تجانسا على الصحيح.

ومنها: يظهر أن محل الوجهين في غير الجنس فيما إذا أخذه ليباع في حقه، أمَّا لو أخذه عوضًا عن حقه كما يفعله كثير من الناس وقلنا بالمذهب أنه ليس له ذلك، فالوجه أن يضمنه بمجرد الأخذ قطعًا كما لو أخذ جنس حقه بهذه النية، وأولى وحينئذ أقول: لو أخذ جنس حقه لا يقصد الاستيفاء بل

....

ليتوثق به فيحتمل أن يقال: يضمنه قطعًا، ويحتمل أن يخرجه على الوجهين في أخذ غير الجنس، وفيه نظر كما لو أخر بيع غير الجنس بلا عذر فإنه يضمنه جزمًا كما سيأتي، وحينئذ فالضمان وعدمه يدور مع القصد الصحيح وخلافه، ومحل الوجهين أيضًا كما قاله الماوردي إذا لم يتمكن من بيعها، فإن تمكن واستيفاءها ضمنها وجهًا واحدًا.

ومنها: إذا أدخلنا المأخوذ من غير الجنس في ضمانه بالأخذ قال الرافعي: فينبغي أن يبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر فنقص قيمته ضمن النقصان، وإذا فرض في القيمة انخفاض وارتفاع وتلف فهي مضمونة عليه بالأكثر، كذا ذكره في «التهذيب»، انتهى.

وعبارة «التهذيب» بعد نقله الوجهين في كونه أمانة أو مضمونًا: فإن قلنا يكون مضمونًا عليه فإن كانت قيمته زائدة فانتقصت أو ناقصة فزادت يكون مضمونًا عليه بالأكثر، أي: إذا تلف بالتأخير أو باعه من بعد بدون ذلك.

وهذا معنى قول الرافعي فيما أحسبه، فإن قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان وكلامه يفهم أن ذلك غير الأول، والذي في «البسيط» و«الوسيط» وغيرهما أن ما نقص قبل البيع من القيمة بالتقصير يكون مضمونًا عليه، أو بغير تقصير فلا، وهو واضح.

ويجوز أن يكون كلام البغوي على ظاهره في التضمين بالأكثر كما هو وجه في المستعير والمستام، وإن كان المرجح فيهما غيره بخلاف الغاصب، ولا خفاء أنه لو اتفق رد العين لم يضمن نقصان السوق كالغاصب ولينظر لو لم يجد من يشتريه إلا مؤجلًا هل له بيعه كذلك ويتملك اليمين مع ذمة المشتري إذا كان من جنس حقه وقدره للضرورة أم لا؟ لم أر فيه شيئًا، وهل الكلام في ضمان المأخوذ بالقيمة في المتقوم أو أعم من ذلك؟ لم أر فيه شيئًا.

وفي «البيان»: إنه لو استعار مثيلها فتلف في يده بغير استعمال، قال الشيخ أبو إسحاق: إن قلنا ما لا مثل له يجب قيمته أكثر ما كانت ضمنه هاهنا بمثله،

....

وإن قلنا لا مثل له يجب قيمته يوم التلف هذا بقيمته يوم التلف، انتهى.

والظاهر أنه يضمن المأخوذ المثل هنا بمثله، ويكون كلامهم في قيمة المتقوم.

ومنها: ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة للبيع، فإن انتفع فعليه أجرة المثل، قال الماوردي: وليس له إبقاؤها، وهنا في يده؛ لأن الرهن عقد لا يقع إلا عن مراضاة ببدل وقبول فإن استيفاء المأخوذ مع القدرة على البيع وأخذ حقه من ثمنه ضمنه وجهًا واحدًا.

قلت: ولا يبعد أن يقال: لو كان حقه زبيبًا أو تمرًا فظفر له برطب أو عنب أن يجوز له تجفيفه وأخذه بحقه إذا كان مما يجب الإيفاء منه، وتجفيفه أصلح لغريم، وهو أيسر من البيع، ولا سيما إذا قيل بالرفع إلى القاضي للبيع، فإن لم تكن له بينة ومن وجوه الصلاح أنه لو جففه لوفاء بحقه ولو باعه رطبًا لم يف ثمنه بحقه.

ومنها: قال الرافعي: لو باعه وتملَّك ثمنه ثم وفر المستحق دينه عليه ففيما علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب وأخذه وباعه ثم رد الغاصب المغصوب كان على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه.

قال الرافعي: ولكن أخذ المستحق وبيعه وتملكه الثمن نازل منزلة دفع المستحق عليه وما دام المغصوب باقيًا فهو المستحق والقيمة تؤخذ للحيلولة، فإذا رد العين ترد القيمة كما لو دفع القيمة بنفسه، وهاهنا المستحق للدين، فإذا باع وأخذ فما ينبغي أن يرد شيئًا ولا أن يُوَفَّر عليه بعد ذلك شيء، انتهى.

وعبارة «النهاية» فيما رأيته: ولو غصب عينًا من إنسان وظفر المغصوب منه بعين الغاصب والامتناع قائم فله أن يأخذها ويبيعها وينتفع بقيمتها، كما لو أبق العبد المغصوب فإن الغاصب يغرم القيمة للمغصوب منه، وما ذكرناه مأخوذ من هذا الأصل، ثم إذا رد الغاصب العين المغصوبة فيرد الظافر قيمة

وَلَا يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أَمْكَنَهُ الِاقْتِصَارُ.

العين، فإذن ظاهر المذهب أن الظافر لا يبيع بنفسه مخرج عند بعض الأصحاب، قال الصيدلاني: لم يحكه القفال، انتهى.

فإذا تأملت هذا علمت أن ما علق عن الإمام مفرَّع على ما هو عنده ظاهر المذهب، والرافعي بنى بحثه على أن الظافر البيع، ووقع في «كفاية» ابن الرفعة بعد سياقه صدر كلام الإمام على الصواب، ثم قال الإمام: فإذن البيع بنفسه ظاهر المذهب، وإذا رد الغاصب العين رد الظافر قيمة العين، انتهى.

وتبعناه في «الغنية» وبحثنا فيه، وصواب كلام الإمام قدمته، وهو منع الظافر البيع فاعلم.

قال: (**وَلَا يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أَمْكَنَهُ الِاقْتِصَارُ**) أي: على قدره يحصل المقصود به، فإن كان المأخوذ من جنس حقه ونوعه مما يجب الوفاء من مثله أخذ مثل حقه بالكيل والوزن، وإن لم يجب الوفاء منه لشرفه كما سبق، أو كان المأخوذ من جنس آخر اقتصر عند الإمكان أيضًا على ما يفي بحقه، وليس له أخذ أكثر منه بحصول العرض به، فإن زاد بلا ضرورة فالزيادة مضمونة قطعًا، وهل يكون الحق على الوجهين السابقين أو يكون الجميع مضمونًا للتعدي؟ فيه نظر، والوجه ضمان الجميع.

وعبارة الرافعي توهم خلافه حيث قال: لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد فالزيادة مضمونة عليه، ثم فصل حيث لا يقدر.

وجزم في «الذخائر» بالضمان ونقل عن الخراسانيين التفصيل فيما إذا لم يقدر إلا على ذلك، وإن لم يمكنه الظفر إلا بأكثر من حقه، فإن كان من جنس حقه لعدم المعيار أو غيره وأمكنه التخمين أخذ قدر حقه تخمينًا، فإن طابق فذاك، وإن زاد تلطف في رد الزيادة كما سيأتي، وإن نقص فلا يخفى حكمه، وإن كان من غير جنسه أو نوعه المستحق، وهو أكثر.

فإن كان ما يتجزأ باع منه بقدر حقه ويسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها وإن كان لا يتجزأ كالحيوان والأواني كان قدر على بيع البعض بما هو حقه لو

وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمِ غَرِيمِهِ.

بيع الكل باعه، وتلطف في رد الباقي، وإن لم يقدر عليه باع الكل، نصَّ عليه الشافعي وأخذ من ثمنه قدر حقه، ويحفظ الباقي إلى أن يرده عليه.

وقال الرافعي تفريعًا على طريقة الإمام ومن تبعه: فإن لم يظفر إلا بمتاع تزيد قيمته على قدر حقه، فإن قلنا لو كان المأخوذ قدر حقه كان مضمونًا عليه، ففي الزيادة وجهان: **أحدهما**: إنها مضمونة كالأصل، **وأرجحهما** على ما يقتضيه نظم «الوجيز»: المنع؛ لأنه لم يأخذ لحقه، وهو معذور في أخذه، وإن قلنا المأخوذ بقدر الحق لا يضمن فكذلك الزيادة.

وجزم في «شرحه الصغير» بأن الأول أرجح وأعرض عن اقتضاء لفظ «الوجيز» وجزم في أصل «الروضة» بأنه الأصح، وفيه نظر وفيما علق عن البغوي أصحهما: لا تكون مضمونة عليه، وهو اختيار شيخنا الإمام، والحاصل ثلاثة أوجه: أصحها: يضمن ما يقابل قدر حقه دون الزيادة.

قال: **(وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمِ غَرِيمِهِ)** اعلم أن إطلاقه يشمل الجنس الواجب له وغيره في جميع ما سبق، وأن غريم الغريم نازل منزلة الغريم، وفيه نظر.

وعبارة «المحرر»: وكما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد، أي: والمماطل كما قال في «الشرح» يجوز الأخذ من مال غريمه، كما إذا كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله يجوز لزيد أن يأخذ من مال بكر بما له على عمرو، وهذا أخذه من «التهذيب» بلفظه إلا أن آخر كلامه: جاز لزيد أن يأخذ من مال بكر حقه الذي له على عمرو؛ لأن بكرًا غريم غريمه، فإن كان لزيد على عمرو حق وهو جاحد فجاء بكر وأقر لعمرو بحق قرر عمرو إقراره، وقال: لا شيء لي عليك، وصدق بكر زيدًا إن له على عمرو ما يدعيه، فيجوز أن يأخذ من بكر ما أقر به لعمرو.

قال الشيخ الإمام: ولو جحد بكر حق زيد على عمرو وعلم زيد أن ما أقر بكر لعمرو ثابت عنده، فلزيد أن يأخذ من مال بكر دون إذنه، انتهى لفظه.

وهو مشتمل على ثلاث صور، إذا علمت هذا نقل الرافعي المسألة الأولى

....

بلفظ «التهذيب» المذكور في «المحرر» ثم قال متصلًا به: ولا يمنع من ذلك رد عمرو، وإقرار بكر له، ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو، انتهى.

وتبعه في «الروضة» وكأنه قصد بذلك الاختصار، وفيه إيهام بيِّن، وكذلك قال ابن الرفعة في «الكفاية»: ولو كان للجاحد أو المماطل على شخص دين فيجوز للمجحود دينه أن يأخذ من مال الجاحد قدر دينه، ولا يمنع من ذلك رد الجاحد إقرار المدين له، ولا تكذيب المدين المدعي على الجاحد، كذا قاله الرافعي، انتهى.

ولم يذكر البغوي في «التعليق» الصورة الأولى التي اقتصر على إيرادها، وإنما قال: ولو كان لرجل دين وهو منكر، أو كان مماطلًا، فأخذ رجل للمديون المنكر بدين، فالمديون رد إقراره، وقال: لا شيء لي عليك، والمدعي صدق المقر بأن عليه للمقر دينًا.

قال الشيخ القفال: يجوز للمدعي أن يأخذ من المقر ما أقر به؛ لأنه غريم غريمه، قال: فكما يجوز له أخذ مال غريمه.

قال القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ: عندي ليس له ذلك؛ لأنه قد ارتد إقرار المقر برده، فلو أن المقر له ادعاه بعد ذلك هل يحتاج إلى استئناف الإقرار من المقر؟ وجهان، إن قلنا: يشترط لا يكون للمدعي أخذ حقه منه ما لم يستأنف إقراره، وإن قلنا: لا يحتاج فله أخذه منه حتى لو كان لزيد على عمرو دين، ولعمرو على بكر دين، وبكر منكر، فيجوز لزيد أخذ مال بكر إذا عجز عن أخذ حقه من عمرو، انتهى لفظه.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: ولو كان لزيد على عمرو دين وهو جاحد له بحيث يجوز له أن يأخذ ماله إن ظفر به، ولبكر على زيد دين وهو يحنث، يجوز به أن يأخذ مال زيد إن ظفر به وكان زيد غائبًا، لبكر أن يأخذ من مال عمرو ما لزيد عليه وله على زيد، انتهى.

والظاهر أن هذا وما قبله عن «تعليق» البغوي هو الصواب، والنقل المجرد

....

لا ما يقتضيه إطلاق «المنهاج» بقي أن قول «المحرر» و«الشرح»: ولعمرو على بكر مثله هل المراد مثله في أصل الدينية لا في الجنس والصفة أو حقيقة المثلية، بحيث يجوز له تملكه لو ظفر به من مال غريمه، ولا يتوسع في مال غريم الغريم، كما لا يتوسع في مال الغريم؟ هذا محتمل، والظاهر الأول، إذا نزلنا الإطلاق على ما ذكرناه عن «تعليقي» المروزي والبغوي؛ لأن غريم الغريم جاحد ظالم لا يجوز لغريمه الظفر بماله، فقام غريم غريمه مقامه في الظفر، وأمَّا إذا كان غريم الغريم مقرًا أو عليه بدين غريمه، ولا شعور له بالحال، ولا ظلم منه لغريمه، ولو أخذ منه غريم غريمه على وجه الظفر لا غرمه غريمه ثانيًا، فهذا إضرار بيِّن لا دليل عليه ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

ومن المحن فهم فاهم عن «الروضة» أن له نقب جدار غريم غريمه وكسر بابه، كما له ذلك مع غريمه، وهذا إن كان المراد أن غريم الغريم ظالم له جاحد، فمحتمل كما يكون ذلك لغريمه، وإن لم يكن منه جحود ولا ظلم، فلا يمكن القول به، ثم رأيت في «تعليق» البغوي ما لفظه:

فَرْعٌ: لو كان لزيد على عمرو دين، ولعمرو على بكر دين، وبكر منكر، فيجوز لزيد أن ينقب جدار بكر ويأخذ ماله بإذن عمرو، إلا إنه إذا أخذ ماله ليس له بيعه إلا بإذن عمرو، ولا يجوز لعمرو أن يأذن في نقب جدار بكر لغير من له عليه الدين لأخذ ماله.

قال شيخنا الإمام رضي الله عنه: إلا إنه إذا أنكر عمرو دين زيد، وأنكر عمرو دين بكر، حينئذ يجوز لزيد أخذ مال بكر؛ لأنه غريم غريمه، انتهى.

والمراد بالشيخ: الإمام البغوي، فيتعين تنزيل إطلاق القول بالأخذ من مال غريم الغريم على ما ذكره، وهو كونه جاحدًا أو مماطلًا كالغريم الأصلي، لا على الإطلاق، كما هو المتبادر، وقد خبطت في هذا المكان في «الغنية» والذي يجوز عندي ما ذكرته، والله أعلم.

فَرْعٌ: لكل منهما على صاحبه مثل ما له عليه، فإن قلنا يحصل التقاص

....

فذاك، وإلا وجحد أحدهما الآخر فللآخر جحده؛ ليحصل التقاص للضرورة على أصح الوجهين في «الروضة» ولم يذكر الرافعي ترجيحًا، نعم جعلهما ملتقيين تبعًا للإمام والغزالي إلى الظفر بغير جنس الحق، والمذهب: جواز الأخذ.

قال الإمام بعد ذكره البناء: ولعلَّ القياس أن له أن يجحد والعلم عند الله تعالى، انتهى.

وهذا ظاهر إن لم يجر تحليف عند الحاكم، فإن طلب منه اليمين ففيه نظر من جهة أن النظر إلى نية القاضي المستحلف، اللهم إلا أن يقال: يجوز التورية هنا لضرورة كما يجوز الجحود.

ثم رأيت ابن الصلاح قال: قول «الوسيط»: يلتقيان على الظفر بغير جنس حق، وفيه إشكال من حيث إن الدينين متجانسان، فلم يلتحق بالظفر بغير جنس حقه لأخذه، وهذا يقتضي أن يكون المراد بقول «الوسيط»: يلتقيان. . . . إلى آخره.

إنا إذا قلنا: لا يجوز الأخذ من غير جنس حقه فلا يجوز الجحود هاهنا وأولى، وإن جوزنا ذلك فهاهنا وجهان، لكن هناك يبيع ويستوفي، وليس في الجحود هنا استيفاء حقه، وإنما هو إسقاط في مقابله إسقاط، فقد أثبتنا التقاص مع عدم الرضا، وإسقاط الحق من غير رضا صاحبه بعيد، يعني على القول باعتبار الرضا، ولم يتضح لي ما ذكره.

والذي أفهمه من كلام «النهاية» ما اقتضاه كلام «الروضة» من البناء: وجه التجويز على ما عليه التفريع الضرورة، ووجه المنع: عدم وجود الرضا المعتبر على ما عليه التفريع.

فَرْعٌ: لو جحد دينه وله عليه دين قد قبضه وشهوده يجهلون القبض، قال أبو عاصم العبادي وتبعه القاضيان الهروي وشريح الروياني: يدعي ذلك، ويقيم البينة، ويقبضه بدينه الآخر.

....

وفي «فتاوى» القفال: إنه ليس له إقامة تلك البينة؛ لأنها لو شهدت وقال الخصم: قضيته ما شهدوا به واستحلفه لم يكن له أن يحلف، وذلك يدل على أن ما شهد به غير ما يدَّعيه، وصححت «الروضة» الأول.

وقال الزنجاني في «مختصر الشرح الكبير» إثر المحكي عن «الفتاوى»: لا شك في المغايرة، ولكن لم يجعل هذا سبيلًا إلى تخليص حقه، كما جعل أخذ مال آخر من جنسه طريقًا إليه مع التغاير، إذا الدين يغاير العين، وأمَّا اليمين فلو حلف أنه يستحق عليه كذا منكر منه ولا يحتاج إلى ذكر السبب والتعيين، انتهى.

وما قاله في اليمين حسن إن كان القاضي يرى القنع بذلك، ويظهر على المرجح أنه لو كان الدين على غائب أو ميت وغيرهما حيث يوجب اليمين على عدم المسقطات أنه لا يجوز له ذلك؛ إذ المعتبر نية القاضي المستحلف، وهو إنما يحلفه على ما قدمت به البينة، فإذا قصد بيمينه غيره لم يطلق، اللهم إلا أن يقال: تغتفر التورية هاهنا للضرورة.

وسئل ابن الصلاح عن امرأة أبرأت زوجها من صداقها ثم مات وعليه دين لم يثبت في الحكم، وهي ضامنة له، فهل لها إقامة البينة على صداقها وتحلف عليه وتأخذ الدين وتوفيه عنه؟ فأجاب: إن كانت ضمنته بغير إذنه فلا، أو بإذنه فطريقها أن تؤدي عنه الدين أولًا، ثم تحلف على مقدار الصداق أنها مستحقة لهذا المقدار من غير أن تصفه بكونه صداقًا، فإنه لا يلزمها التعرض لذلك، انتهى.

وفيه إشكال منه جهة نية القاضي كما أشرنا إليه.

فَرْعٌ: لولي المحجور بصغر أو غيره أن يأخذ من مال غريمه على وجه الظفر ما يستحقه كما لو كان الدين لنفسه، وقصة هند دالة، وصرَّح به الأئمة، وسبق نقله عن النص، لكن هل يقول: يجب على الولي ذلك إذا أمن ولم يتمكن من الأخذ بالحاكم؟ فيه نظر! وهل له نقب جدار الغريم حيث يجوز له لو كان الدين لنفسه؟ فيه احتمال، ولا شك أنه لا يلزمه.

فَرْعٌ: قال: قبل ما يقولون فيمن له حق على إنسان فاستعان على أخذه

....

ببعض الولاة والقضاة فساعده عليه بغير حجة شرعية، فهل يجوز له أن يستعين بالوالي أو القاضي على ذلك مع كون الوالي والقاضي ائتمن في أحدهما الحق بغير حجة شرعية أم لا؟

قلت: أمَّا الوالي والقاضي قائمان، وأمَّا المستعين بهما فينبغي أن ينظر فيه إلى الحق المستعان عليه، وله رتب:

إحداها: أن يكون ألحق جارية يستحل لغاصبها بضعها، فلا أرى بأسًا بالاستعانة بالوالي والقاضي، وإن عصيا بذلك بل واجب عند القدرة عليه؛ لأن مفسدة معصية الوالي، والقاضي دون مفسدة الغصب والزنا، وذلك لو غصب إنسان على زوجته فاستعان على تخليصها بهما فلا إثم عليه مع كونهما آثمين؛ لأن مفسدة نقلها مع من يزني بها أعظم من مفسدة مساعدة الوالي والقاضي بغير حجة شرعية، وكذلك لو استعان بالآحاد فأعانوه بمجرد دعواه المراد دونه؛ لأن مفسدة مخالفتهم الشرع في هذا دون المفسدتين المذكورتين.

الرتبة الثانية: إذا استعان بالولاة والقضاة وبالآحاد على رد المغصوب من غاصبه، والمجحود من جاحده، فأعانوه على تخليصه بغير حجة شرعية، مثل أن غصب إنسان دابته وثيابه وسلاحه ومنزله وماعونه، أو جحده ذلك من غير غصب، واستعان بهم فأعانوه على ذلك بلا حجة شرعية أثموا دونه؛ لأن مفسدة بقاء ذلك بيد الغاصب والجاحد أعظم من مفسدة عصيانهم؛ لأن الصادر منهم مجرد معصية لا مفسدة فيها، والصادر من الغاصب والجاحد عصيان مع تحقق المفسدة، وقد يجوز إعانة القاضي على معصيته لا من كونها معصية، بل لما تضمنته الإعانة من المصلحة كما ذكرنا في فداء الأسرى.

الرتبة الثالثة: أن يكون الحق حقيرًا كعنبة وتمرة، فهذا لا يجوز الاستعانة على تحليفه بغير حجة شرعية لا مفسدة عصيان المساعدة عليه بمثل مفسدة فواته، انتهى.

ويجب أن يكون هذا في غير المضطر إلى كسرته ونحوها، وقد يقال:

فَصْلٌ

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُدَّعِيَ مَنْ يُخَالِفُ قَوْلُهُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُوَافِقُهُ، فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ فَقَالَ أَسْلَمْنَا مَعًا فَالنِّكَاحُ بَاقٍ، وَقَالَتْ مُرَتَّبًا فَهُوَ مُدَّعٍ.

مفسدة عصيان القاضي المساعدة بغير حجة على تخليص الدين المجحود والمال المغصوب يدلي مفسدة فوات المال؛ لا سيما إذا كان المستحق عينًا والمجحود أو المغصوب خسيسًا كشاة وثوب مثلًا؛ لأن القاضي يفسق بذلك، ويترتب عليه فساد عقوده وأحكامه وأنكحته وغيرهما إذا أصرَّ على الولاية، ولينظر فيما ذكره ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ من عدم تأثيم المستحق هل محله إذا لم يجد طريقًا إلى الظفر بخلاص دينه ونحوه إلا بذلك أو لا؟ فرَّق بين أن يمكنه الظفر أو لا، ولعلَّ الأول أشبه؛ لأن له مندوحة على حمل القاضي ونحوه على الحكم بالباطل.

وسئلت مرة عن رجل أقرض آخر مبلغًا خطرًا فجحده المقرض، فحصل له شهود زور يشهدون له بالقرض على المقرض، فهل له فعل ذلك فيما بينه وبين الله وأخذ ماله؟ فأحجمت عن ذلك واستعظمته مع استحضاري لكلام الشيخ عز الدين رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى.

فَصْلٌ

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُدَّعِيَ مَنْ يُخَالِفُ قَوْلُهُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُوَافِقُهُ، فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ، فَقَال: أَسْلَمْنَا مَعًا فَالنِّكَاحُ بَاقٍ، وَقَالَتْ: مُرَتَّبًا فَهُوَ مُدَّعٍ**) عرفنا بالسُنَّة الصحيحة أن «**الْبَيِّنَة عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِين عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**» واستنبط سببه فقيل: جانب المنكر أقوى؛ لموافقته الظاهر، والبينة أقوى من اليمين؛ لبراءتها عن تهمة جلب النفع، فجعلت البينة على المدعي ليحرفوه الحجة ضعف جانبه ومنع من المنكر بالحجة الضعيفة لقوة جنبه، وهذه القاعدة تخرج إلى معرفة المدعي والمدعى عليه، ليطالب كل بحجته إذا تخاصما.

إذا عرفت هذا فبقي حد المدعي والمدعى عليه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي في مسألة إسلام الزوجين، قال الرافعي: وقد يفهم إيراد

....

الفوراني أنهما منصوصان، والمعتمد المشهور الأول، وقد بين الخلاف في الفرع على الخلاف في الأصل المبني عليه، انتهى.

وإيراد الفوراني في ظاهر أو نص في كونهما منصوصَيْن حيث قال: اختلف قول الشافعي في صورة المدعي والمدعى عليه وحده، فقال: في موضع كذا وفي موضع كذا فذكرهما، وهو إمام ثقة لا أعلم في المراوزة أكثر اطلاعًا على نصوص الشافعي منه، يعرف ذلك من طالع كتابيه، ونظر «الأم» وغيرهما.

وقد قال الشافعي: أدل الدعاوى من «الأم» أصل معرفة المدعي والمدعى عليه أن ينظر إلى الشيء الذي في يديه، ولا يحتاج إلى سبب يدل على صدقه بدعواه إلا قوله: وهكذا إن ادَّعى عليه دينًا أو أي شيء ما كان كلف البينة، ودعواه في ذمة غيره مثل دعواه شيئًا قائمًا بعينه في يد غيره، وقاله أبو حنيفة، انتهى نصه بحروفه. وعلى إيراده بالمعنى اقتصر كثيرون.

عُدنا إلى بيان القولين:

أحدهما: إن المدعي منهما من لو سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من لا يخلى ولا ينتفع بسكوته.

وأظهرهما: على ما يشعر به لفظ «المختصر» ويقتضيه كلام الأكثرين، وصرَّح به الروياني: أن المدعي: من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه: من يوافقه، وهو قضية نص «الأم» السالف، فإذا ادَّعى زيد دينًا في ذمة عمرو أو عينًا فأنكر، فزيد لو سكت ترك، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده من حق الغير وعمرو ولا يترك، وسكوته ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدع لموجب العبارتين، وعمرو مدعى عليه، ولا يختلف موجبهما في الأغلب، وقد يختلف، كما لو أسلما قبل المسيس، ثم قال الزوج: أسلما معًا، فالنكاح باقٍ بحاله، وقالت الزوجة: بل على التعاقب فلا نكاح بيننا.

فإن قلنا: المدعي من لو سكت ترك فهي مدعية، والزوج مدعى عليه، فإنه لا يترك، وسكوته، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف الزوج، ويحكم

....

باستمراره إذا حلف، وإن قلنا: بالأظهر والزوج مدع؛ لأن المعية التي زعمها خلاف، والمرأة مدعية عليها لموافقتها الظاهر، فتحلف، فإذا حلفت حكم بالفرقة. ولو قال: أسلمت، قيل: فلا زوجية ولا مهر، وقالت: بل معك بقاؤهما بحالهما، فالفراق يلزمه قطعًا، والقول قوله في المهر على الأظهر، وعلى الأول قولها؛ لأنها لا تترك بالسكوت؛ لأن الزوج يزعم سقوط المهر إذا سكت ولا بينة جعلت ناكلة، وحلف وحكم بالسقوط.

قال الأئمة: والأمناء المصدقون في الرد بأيمانهم مدعون؛ لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفى منهم باليمين؛ لأنهم أثبتوا أيديهم لعرض المالك، وقد أثبتهم فلا يحسن تكليفهم بينة على الرد.

وتكلف أبو الحسن العبَّادي فقال: إنهم يدعون ما يوافق الظاهر؛ لأن المالك ساعدهم على الأمانة بائتمانهم، فهم يستنيبون الأمانة، وهو يزعم ارتفاعها، وكأن الظاهر يفهم.

قال: وعلى الحد الآخر فهم المدعى عليهم؛ لأن المالك لو سكت ترك، قال الروياني وغيره: وقد يكون الشخص مدعيًّا ومدعى عليه في المنازعة الواحدة كما في صورة التحالف، قال الرافعي: منقول الأصحاب هنا، ووراءه كلمات:

إحداها: يمكن أن يعكس ما ذكروه من البناء، فيقال: إن قلنا أن المدعي من ترك وسكوته فالمدعي في اختلاف الزوجين إنما هو الزوج؛ لأن النكاح حقه، فلو تركها ولم يطالبها ترك، وهي لا تترك لو سكتت وأعرضت، وإن قلنا بالأظهر فهي المدعية لزعمها ارتفاع النكاح، والظاهر دوامه.

قلت: قال الزنجاني: وفيه نظر؛ لأن النكاح كان ثابتًا، فلو لم يدع الفراق وسكتت لطالبها الزوج بحقوق الزوجية، فهي المدعية إذن، انتهى.

والثانية: ما المعنى الظاهر في قولنا: المدعي من يخالف قوله الظاهر، أنعني به الظن الأرجح والأغلب أم استصحاب ما كان موجودًا وعدم؟ إن عيَّنا الأول لزم أن يكون كل واحد من المتداعيين مدعيًا أبدًا؛ لأن دليلًا ما يدل

....

على صدق هذا وآخر على براءة هذا، وإن عينا الظن الأغلب، فهذا يختلف بالأشخاص والأحوال والقرائن الرافعة في الحادثة، فتارة يغلب على الظن صدق الطالب، وأخرى صدق المنكر، وإن عنينا استصحابًا ما كان فلم يخفى على المرأة مدعى عليها، إذا قلنا بالأظهر وهي لا تستصحب شيئًا، بل يترك استصحاب الأصل الذي كان.

قلت: أقول: نعني به القدر المشترك بين هذه الأمور المعينة، على أنا نقول: لم لا يجوز أن يكون المراد الاستصحاب، فإن قالوا: المرأة لا تستصحب شيئًا.

قلنا: لا تسلم، بل تستصحب بقاء أحدهما على الكفر عند إسلام الآخر، أو يقول: يعني به ما يخرج على وفق الغالب المستمر، ولا شك أن التعاقب كذلك إلا السارق، انتهى. وعنى بالتساوي المعية.

الثالثة: لا شك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس معينًا لمعية، وإنما الزوج يبغي استدامة النكاح، وهي تزعم ارتفاعه، فيشبه أن يقال: كل واحد منهما مدع الشيء، أمَّا هو فاستدامة النكاح وطلب طاعتها كطالب مال من غيره، وأمَّا هي فدافعة كمن يقول: أبرأتني أو أديته، فإن قلت: أيحلف الزوج فهو على قياس دعوى الدوافع، وذكر البغوي أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف هي، فبسببه يقوى جانبها بظاهر الحال، وإن كانت مدعية كما يحلف المودع على الرد والهلاك، وإن كان مدعيًا للمعنى السابق، وهذا طريق يعني عن تخريج القولين على الأصل المذكور.

واعلم أن المراد من قولهم: إن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، أو من يدعي أمرًا جليًّا أنه لو أنكر ونازع الطالب كان كذلك؛ لأنه يتوقف كونه مدعى عليه على أن ينكر وينازع، هذا كلام الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ووراءه فوائد:

منها: قوله: ولا يختلف موجب القولين في الأغلب، وقد يختلف كما لو أسلما مفهم أن لاختلاف الحدين فوائد أخرى غير ذلك، وفي «الإبانة» بعد

....

ذكره القولين عن الشافعي في موضعين، وهذا اختلاف من طريق العبارة، وإلا فلا فائدة له إلا في مسألة واحدة، يعني: مسألة إسلام الزوجين هذه، لكن ذكر الإمام والغزالي والرافعي، وهذا كلامه في آخر كتاب الرهن: إنه لو رهنه عصيرًا ثم اختلفا وقال المرتهن: قبضته وقد تخمر، فلي الخيار في البيع المشروط فيه هذا الرهن، وقال الراهن: بل صار عندك خمرًا فقولان:

أصحهما: إن القول قول الراهن مع يمينه، وخرَّج مخرجون القولين على كذا، وعنى الأصل المذكور هنا، فإن قلنا بالأول يعني أن المدعي من يدعي أمرًا خفيًّا، والمدعى عليه من يدعي أمرًا جليًّا فالمدعي الراهن؛ لأنه يزعم جريان القبض الصحيح، والأصل عدمه فيكون القول قول المرتهن؛ لأنه لو سكت لترك والراهن لا يترك لو سكت، فيكون القول قول الراهن.

واستنبط القاضي الحسين من هذين القولين الجواب في فرعين:

أحدهما: سلم العبد المشروط رهنه ملفوفًا في ثوب ثم وجد ميتًا ثم اختلفا في من مات عنده ففي المصدق القولان.

والثاني: اشترى مائعًا، وجاء يطرق نصب المائع فيه فوجدت فيه فأرة ميتة، فقال البائع: كانت في طرفك، وقال المشتري: بل أقبضتنيه وفيه الفأرة، ففي المصدق القولان، ولو زعم المشتري أنها كانت فيه يوم البيع فهذا اختلاف في أن العقد جرى صحيحًا أم فاسدًا؟ وقال القفال في تنقيص الإقرار: بناء على المعنى في حد المدعي والمدعى عليه، إن قلنا المدعي من لو سكت ترك فهربنا ببعض، فله تحليف المقر له، وإن قلنا المدعي من يدعي أمرًا باطنًا والمدعى عليه من يدعي أمرًا ظاهرًا، والقول قول المقر هاهنا؛ لأن الظاهر معها هو براءة الذمة، فهاهنا المقر له تحليف المقر.

ومنها: قال في «البحر» في كلامه على تعريف المدعي والمدعى عليه من أصحابنا من قال حقيقة مذهبنا، أي: من أضاف حقًا أو ملكًا إلى نفسه، فلو زعم سقوط حق عن نفسه فهو مدع، ومن اقتصر على مجرد النفي فمدعى عليه، ولهذا

....

قبلنا بينة ذي اليد؛ لأنه يضيف ملك ما في يده إلى نفسه كما يضيف الخارج.

ومنها: قال ابن أبي الدم: اختلفت عبارة الأئمة، فقيل: المدعي من يثبت شيئًا والمدعى عليه من ينفيه، وقيل: المدعي من يقول بالاختيار، والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار، وقيل: المدعي من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يترك وسكوته، وهذه العبارة بمعنى التي قبلها، وقيل: المدعي من يدعي أمرًا باطنًا خفيًّا، والمدعى عليه من يدعي أمرًا ظاهرًا جليًّا، وهذا الحد وما قبله استنبطهما الشيخ القفال في مسألة إسلام الزوجين قبل الدخول، انتهى.

وقال الجرجاني: المدعي في الشرع: كل من ادَّعى عينًا في يده، أو حقًّا في ذمته، فالمدعى عليه: كل من ادَّعى عليه عينًا في يده، أو حقًّا في ذمته، وهذا نصه في «الأم».

وقال الصيمري: حد المدعي من إذا ترك الخصومة ترك. . . . إلى آخره، قال: وقد يعبر عن ذلك أن المدعي طالب، والمدعى عليه مطلوب، وقيل: المدعي من حسن أن يطالب بالبينة، والمدعى عليه بخلافه، وأيضًا فالمدعي من يذكر خلاف الظاهر، والمدعى عليه من الظاهر معه.

واقتصر الماوردي هنا على قوله: هو الطالب من غيره شيئًا في يده أو ذمته. . . إلى آخر ما سبق عن الجرجاني، و«الأم».

قال: والفرق بينهما أن الطالبِ إذا تارك ترك، والمطلوب إذا تارك لم يترك، وهذا ما رجحه الروياني، وصدر به الصيمري كلامه السابق في شرح «الكفاية» وأشعر سياقه بأن كلًا من الحديث الصحيح.

ومنها: قول الرافعي: وتكلف أبو الحسن العبادي. . . إلى آخره يفهم انفراده به وضعفه، وليس كذلك، بل سبقه إليه القاضي الحسين، وجرى عليه الأئمة، فقال القاضي: يشكل على من قال بالأول، يعني: القول الأظهر دعوى المودع الرد أو التلف، وأن دعواه تخالف الظاهر، ومع هذا جعلنا القول قوله إلا أن هاهنا أصلًا آخر، وهو بقاء الأمانة، والمودع يدعي الخيانة،

ففي الحقيقة يصير المودع مدعيًّا، والمودع يدعي عليه الخيانة، انتهى.

وجزم بهذا الجواب البغوي وإبراهيم المروزي في «تعليقهما» وقال الإمام في «النهاية» وتبعه في «البسيط»: فإن قيل: المودع إذا ادَّعى رد الوديعة فليس يدعي أمرًا جليًّا فلم جعلتم القول قوله، وأحللتموه محل المدعى عليه قولًا واحدًا؟ قلنا: إذا ضبطنا عليه من لو سكت ترك ثم ينخرم الضبط مسألة المودع، وإن قلنا: من يدعي أمرًا خفيًا فسبيل تخريج المودع على ذلك أن الإيداع ائتمان، وحكم الأمانة ثابت شرعًا للمودع، ولا معترض على الشرع، فإذا نكر المودع الرد فكأنه يضمنه، والأصل أن الأمانة الثانية لا تزول، وهذا ظاهر في دعوى التلف أظهر، فإن دعوى التلف مسموعة من الغاصب في الرأي الأظهر، انتهى.

ولخَّصه في «البسيط» فقال: إن قلنا المدعي من يترك وسكوته فهو كذلك، وإن قلنا من يدَّعي أمرًا خفيًّا فهو مؤتمن من جهة المستودع، وبالتكذيب نسبه إلى خيانة، والأصل بقاء الأمانة، وعبارة البغوي والمروزي في الجواب قلنا: لا، بل هو يدَّعي أمرًا ظاهرًا، وهو بقاؤه على الأمانة، وجرى على ما قالوه صاحب «الذخائر» وغيره.

فَرْعٌ: لا خفاء أن الدعوى تشتمل على مدع، ومدعى عليه، ومدعى فيه وهو ما ينازعا، ومدعى عنده، وهو من بعد حكمه من قاض ونحوه.

وقد أغفل المصنف هنا منها تعريف المدعي والمدعى عليه، وكأنه اكتفى بقوله في باب دعوى الدم: وإنما تسمع من ملتزم على مثله، ولكن هل ذلك الكلام من كل مدع ويدعي عليه؟ فيه نظر، ولنذكر ما خطرنا فنقول: قال جماعة من العراقيين هاهنا: لا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف فيما يدعيه، ووجه بأن صحة التصرف علم الأهلية، وهي مستفادة بإطلاق التصرف، ولأن المقصود بالدعوى التسلط على المدعى به، فاشترط أن يكون من أهل التصرف فيه.

وقضية هذا أن تسمع دعوى السفيه المحجور عليه بالدم، وله التحليف

وَمَتَى ادَّعَى نَقْدًا اُشْتُرِطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدْرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكَسُّرٍ إِنْ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيمَةٌ، أَوْ عَيْنًا تَنْضَبِطُ كَحَيَوَانٍ وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ. وَقِيلَ: يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيمَةِ، فَإِنْ تَلِفَتْ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ وَجَبَ ذِكْرُ الْقِيمَةِ.

ويحلف؛ إذ له استيفاء القود والعفو.

قال الأئمة: فإذا أن الأمر به إلى المال قبضه الولي دونه، وإنه لا تسمع دعواه بالمال؛ لأنه بمطلق التصرف فيه، كما صرَّح به جماعة منهم، واقتضاه كلام آخرين.

قال الصيمري في «شرح الكفاية»: لا تسمع الدعوى إلا من بالغ عاقل لا حجر عليه بسفه، ثم استثنى بعض ما إذا كانت الدعوى في دم فتسمع، قال: لأنه لو أقر حكم عليه وأطلق في «اللباب» تبعًا لأصله «الرونق» أن دعوى المحجور عليه بسفه فاسدة، كدعوى الصبي.

وكذا قال القاضي الحسين في باب الامتناع من اليمين: لا تصح الدعوى منه بالمال، وإن قال: يلزمه تسليمه إلى قَيِّمِي، وهذا قضية قول غيره من أتباعه، وغيرهم أن من شرط صحة الدعوى أن يقول المدعي: ويلزمه تسليمه إليَّ.

وقال الماوردي والبغوي والرافعي في كتاب القسامة كما سبق: إنها تسمع فيه وتختلف، ثم الولي يأخذ المال إذا وجب، وكذلك قضيته ألَّا تسمع الدعوى، أي: هذا العبد كان لي وأعتقته وغصبه فلان، وقد قالوا: إنها تسمع، وكذا قضيته ألَّا تسمع دعوى المرأة النكاح؛ لأنها غير مطلقة التصرف فيه، وقد قالوا: إن اقترن بدعواها دعوى مهر ونفقة ونحوهما سمعت بلا خلاف، وكذا إن تجردت دعوى النكاح على الصحيح. هكذا أورد ابن الرفعة هاتين الصورتين، وفي ورودهما نظر، ولو صح ذلك لوردت صور كثيرة لدعوى العبد العتق ودعوى «الروضة» الطلاق وغير ذلك فيما أحسب.

قال: (**وَمَتَى ادَّعَى نَقْدًا اُشْتُرِطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدْرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكَسُّرٍ إِنْ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيمَةٌ، أَوْ عَيْنًا تَنْضَبِطُ كَحَيَوَانٍ وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ، وَقِيلَ: يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيمَةِ، فَإِنْ تَلِفَتْ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ وَجَبَ ذِكْرُ الْقِيمَةِ**) اعلم أنه يعتبر

....

لصحة الدعوى أن تكون بحيث تسمع ويطلب جوابها، واعتبر الغزالي في صحتها وصفين: **أحدهما**: العلم بالمدعي فإن المقصود فصل الأمر وأيضًا الحق إلى المستحق وذلك يستدعي العلم.

والثاني: كونها ملزمة كما سيأتي بيانه، وقد شرع المصنف في بيان جملة من الشروط الأولى فذكر النقد.

قال الرافعي: فإن كانت الدعوى في الأثمان فلا بد من ذكر الجنس والنوع والقدر، قال في «الشامل» وغيره: فإن اختلفت الصحاح والمكسرة، قال: صحاح أو مكسرة، وقول البندنيجي وغيره: ولا بد أن يذكر صحاح أو مكسرة محمول على ذلك، ويؤيده أن بعض من أطلق اعتباره بأن بينهما تفاوتًا، ثم مطلق الدينار يحمل على الشرعي، فلا حاجة إلى ذكر الوزن. ذكره الشيخ أبو حامد.

هذا ما أورده الرافعي، وقال غيره: يذكر في الدين الجنس والقدر والصفة التي تختلف بها الأعراض؛ لأن بذلك يحصل التعريف، ويقول: لي عليه أو عنده، كما قال في «البحر»: ذهب دينار عتيق أو فضة درهم جديد، أو قمح صاع صفته كذا، ويذكر صفات السلم ونحو ذلك، فإن قوله: ذهب وفضة وقمح وشعير ونحوها بيان للجنس، وقوله دينار ودرهم وصاع بيان للقدر، وقوله عتيق أو جديد من صفته، كذا بيان الصفة.

وقضية كلام «المهذب» وغيره: إنه يعتبر ذكر أوجه أشياء الجنس والنوع والقدر والصفة في كل دين يدعيه، وفسَّر ابن أبي عصرون الصفة بالحلول والتأجيل، وفيه نظر.

وجزم الصيمري بأنه لا يلزمه أن يقول: حالة أو مؤجلة، فإن قاله كان تأكيدًا، ومطلق ذلك يقتضي الحلول، أو اعتبر الأربعة المذكورة الماوردي، وتبعه في «البحر» فيما إذا كان أجرة أو ثمن مبيع أو قيمة فإنه لا يجوز أن يطلق ذكر الدراهم والدنانير في الدعوى، وإن جاز إطلاقهما في الأثمان؛ لأن زمان العقد يقيد صفة الأثمان بالغالب من النقود، ولا يتقيد ذلك بزمان الدعوى

....

لتقدمها عليه، وعدا كون الدراهم أحدهما بيضاء أو سوداء، وكون الدنانير مشرقية أو مغربية، في اختلاف الأنواع.

وزاد: ذكر الطابع أن نسب الدراهم والدنانير إلى طابع، وقالا: إن ذكر العتق والجدة والصحة والتكسر لا يشترط عندهم اختلاف القيمة بهما إذا لم يكن الدين سلمًا، ورأيت في «روضة الحكام»: ولو ادَّعى عليه نقدًا ولم يصفه حمل على نقد البلد إن كان نقد البلد واحدًا كما في البيع يجوز إطلاق النقد، واختاره الإصطخري.

قال: وحكى جدي عن بعض أصحابنا أنه لا بد من بيان النقد الذي يدعيه، بخلاف المعقود، فإن الأصل فيها طلب تصحيحها ما أمكن، انتهى لفظه في باب الدعوى الناقصة. وما صدر به كلامه هو ما عليه عمل القضاة، ويجوز أن يقال: إن أضاف النقد المدعى به إلى عوض، كفى إطلاقه عند اتخاذ النقد هناك، وإن اختلف وأطلق الدعوى من بيان سبب اللزوم اشترط الوصف.

ثم رأيت الديلمي قال: وإذا كانت الدعوى بدراهم فتصحيحها أن يذكر قدرها وجنسها ونوعها، ويقول: راضية أو شجاعية أو إسماعيلية جيدة، فإن كانت الدراهم عن بيع باعه في الوقت جاز ألَّا يصفها، ويذكر قدرها، ويكون نقد البلد، انتهى لفظه. وما قاله ظاهر، وقوله: في الوقت ليس يقيد مطلقًا بل أضاف العوض إلى وقت ومكان لم يغير فيه النقد الغالب، كفى إطلاقه كما في الوقت الحاضر.

وقال ابن أبي الدم: يلزمه في دعوى المثلى الحال في الذمة ذكر الجنس والنوع والقدر والصفة، فيقول: لي على هذا ألف من نوع كذا، ويذكر أهي صحاح أو مكسرة، ثم يقول: يلزمه أداؤها إلى الساعة؛ لاحتمال كونها مؤجلة أو كونه مفلسًا، ولا يلزمه ذكر سبب الاستحقاق على المذهب، وفيه وجه ذكره الإمام وأبو سعد الهروي: إنه لا بد من ذكر السبب، وهو منقاس؛ إذ ربما يكون قد أتلف على المدعي الذمي خمرًا أو كلبًا فيعتقد المدعي استحقاقه في ذمته، والحاكم لا يراه، والناس مختلفون في ثبوت القيم في الذمم، في مقابلة المضمونات كاختلافهم في سبب الجرح، ولا خلاف عندنا أنه لا يقبل إلا

....

مفسرًا، فكذا هذا، فليقل: في ذمته درهم من ثمن كذا سلمته إليه، أو قرضًا في ذمته، أو قيمة ثوب أتلفه، أو ما ضاها هذا.

وذكر بعض أصحابنا وجهًا: إنه بينة المدعي إن كانت تشهد على إقرار المدعى عليه بالدين، فلا بد أن يضيف إلى دعواه إقرار المدعى عليه ليطلق البينة دعواه، وهو بعيد، انتهى.

وقد اشتمل ما سقناه على فوائد ويخرج منه وجوه كثيرة.

الصورة الثانية في الكتاب: أن يدعي عينًا تنضبط بالصفة: كالحيوان والحبوب والثياب، فيصفها بصفات السلم ولا حاجة إلى ذكر القيمة على الأصح، وإن كانت العين تالفة كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية، ولا حاجة إلى ذكر القيمة، وإن كانت متقومة فلا بد من ذكر القيمة؛ لأنها الواجب عند التلف، هذا ما أورده الرافعي تبعًا للهروي.

وسبق الكلام في باب القضاء على الغائب في الدعوى بالعين المنقولة الغائبة عن المجلس، وذكر ما تيسر نقله ويقول هاهنا: إذا لم يتيسر إحضار العين المنقولة، فذكر ابن الرفعة أنه يكفي ذكر صفاتها المعتبرة في السلم إن أمكنت، كما صرَّح به البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ لحصول المقصود بذلك.

وفي «الحاوي» أن الاقتصار على ذكر صفات السلم إنما يكون في المثليات، أمَّا في غيرها كالعبيد والثياب فلزمه أن يستوفي جميع أوصافه، وهو ما في «النهاية» بخلاف ما إذا كان مسلمًا فيه؛ لأن مقصود التمييز في الأعيان يخالف مقصود الإعلام في السلم؛ لأنه إذا أفرط وتناهى فيه فقد ينتهي إلى غرة الوجود، وكان ممتنعًا في السلم، لكان من ضرورته ترك الإطناب في الوصف والعرض من وصف المدعي الوصول إلى تعيين الشخص من بين الجنس.

قال: وذكر القيمة مع ذلك تأكيد، هذا ما حكاه العراقيون والقاضي الحسين أيضًا، وفي الرافعي: إنه لم يضبط المدعي بعد ذكر الجنس والنوع.

....

ذكر أبو سعد وغيره قولين:

أحدهما: إنه يتعرض للأوصاف المعتبرة في السلم.

والثاني: إنه يتعرض للقيمة، ويستغني بها عن ذكر الأوصاف، ثم قال: قالوا: والصحيح أن الركن في تعريف المثليات ذكر الصفات، وذكر القيمة مستحب، وفي المتقومات الركن القيمة، وذكر الصفات مستحب.

تنبيهات:

منها: لا خفاء أن مطلق الدينار لجهل في الدعوى على دينار الإسلام من الذهب الخالص حيث لا يستعمل اسم الدينار في غير الوزن المعروف من الذهب، أمَّا لو كان ببلد يعبرون بالدينار عن قدر يسير من تقدم من الفضة، كما هو في كثير من بلاد الروم والعجم والعراق وأعراب هذه الأعصار بالشام، ونحوه يعبرون بالدينار عن ما فيه دراهم من هذه النقود المغشوشة، فإذا كان المدعي أو المدعى عليه أو أحدهما من هؤلاء فينبغي أن يبين في الدعوى مراده بالدينار؛ لئلا يقع الحكم له أو عليه بغير المطلوب، والواجب ويتعين على الحاكم استفساره. ووقع في «الفتاوى» أن رجلًا بحلب ادَّعى على آخر قدم من الروم أنه أنكحه ابنته على مائتي دينار، فأقر، فألزمه الحاكم بذلك، فلما أراد الوزن طلب الخصم منه الدنانير الإسلامية، فقال الزوج: إنما عقدت على الدنانير المتعارف عندنا لا على هذا، وحصل التوقف في الحادثة، ولم أجب فيها بشيء، وفي إلزامه بدنانير الإسلام وقفة.

ومنها: إذا لم يمكن الضبط بالصفات كالجواهر واليواقيت فيقول: جوهر أو ياقوت قيمته كذا، وذكر القيمة شرط؛ إذ لا يصير معلومًا بغيره، هكذا ذكره القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم. وفي «الحاوي» أن عليه أن يذكر الجنس والنوع، وإن كان مختلف الألوان ذكر اللون، ثم حرر الدعوى ونفى الجهالة بذكر القيمة؛ لأنه لا يصير معلومًا إلا بها.

وقال شريح الروياني: لو ادَّعى أن له في ذمته ياقوتة أو لؤلؤة أو شيئًا مما لا

....

يثبت في الذمة لم تسمع، فإن ذكر السبب الذي من أجله يدعي ثبوته، فإن أسلمت كذا دينار في لؤلؤة ويلزمه رد الثمن لفساد العقد، فإن الدعوى تصح، انتهى.

ومراده غير صورة الإتلاف والغصب، أمَّا لو ادَّعى إتلافًا أو غصبًا وطلب القيمة وقدرها فلا ريب في السماع.

ومنها: قال الرافعي: وفي الدراهم والدنانير المغشوشة: يدعي مائة من نقد كذا قيمته كذا دينارًا من نقد كذا قيمته كذا درهمًا، ذكر الشيخ أبو حامد وغيره وكأنه جواب على أن المغشوش متقوم فإن جعلناه مثليًا، فينبغي ألَّا يشترط التعرض للقيمة.

قلت: صرَّح بذلك شريح الروياني في «روضته» فقال: قال الإصطخري: وإن كان يجوز في البلد رابعة فادَّعاها لم تسمع؛ لأنه لا ينضبط حتى يقول: قيمتها كذا، وقال غيره: لا يحتاج إلى ذكر قيمتها، فإذا كانت تجوز في البلد ويتعامل عليها، أو كانت معلومة، وأصله الوجهان في جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة، انتهى.

ومنها: لو ادَّعى سيفًا محلى، ونحوه ففي «الشامل» وغيره من كتب الطريقتين كـ«تعليق» القاضي الحسين: لا بدّ من ذكر قيمته، ويقوم المحلى بالذهب بالدراهم، ويقوم المحلى بالفضة بالذهب، وإن كان محلى بهما قوَّمه بأحدهما للضرورة؛ يعني: أيهما شاء كما صرَّحوا به، وهذا عند التقارب في المقدار، أمَّا لو غلب أحدهما فينبغي أن يقوّمه بالنقد الآخر لا محالة، مثاله: عليه مائة دينار حلية وخمسة دراهم حلية، تقوم بالدراهم لا بالدنانير.

وفي «البحر» بعد ذكره المسألة عن الأصحاب: ويحتمل عندي أن يقال: ينبغي أن تفصل بينهما في الدعوى ويقوم بغير الجنس كذا ذكره في «الكفاية» ويشبه أن كلامهم فيما إذا جهل حقيقة مقدار كل منهما، وإنما قدر ذلك بالتخمين، أمَّا لو علم مقدار كل منهما فالوجه ما ذكره الروياني.

....

قال الرافعي: ويستثنى من اعتبار العلم صور:

إحداها: إنما يتصور اعتباره إذا طلب متعينًا، فأمَّا من حضر لتعيين ويفرض له القاضي كالمفوضة بطلب الفرض على قولنا لا يجب المهر بالعقد، أي: وهو الأظهر، وكالواهب بطلب الثواب، وإذا قلنا: إن الهبة تقتضيه ولم يقدر الثواب، فلا يتصور منه إعلام وتعيين.

قلت: ومن الأمثلة الحكومات ومتعة الطلاق كما صرَّح به الأئمة، وقال المصنف في التصحيح: والصواب: صحة المجهول في المتعة وفرض المفوضة والرضخ ونحوها، أي: ويكون تقديرها إلى رأي الحاكم.

فَرْعٌ: ادَّعى أن مورث هذا أو مورث زيد أوصى لي بثوب أو بشيء سمعت الدعوى؛ لأن الوصية تحتمل الجهالة فكذا دعواها، وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالمجهول بدعوى الوصية به، ومنهم من ينازع كلامه فيه، وسبب الاختلاف: الخلاف أن دعوى الإقرار بالمال تسمع أم يجب أن يدَّعي نفس المال، وكذا تصح دعوى الإبراء من المجهول يحجبا الإبراء عن المجهول.

قلت: أمَّا دعوى الوصية بالمجهول فالمشهور في الطريقتين: سماعها، ونسبه القاضي الحسين في كتاب «الإقرار» إلى أصحابنا كلهم، ثم قال: وعندي إن الدعوى لا تسمع؛ لأنه يمكنه تفسير دعواها، فيدَّعي أن مورثه أوصى له بمال وأراد به كذا، أو يعلم هو أنه أراد به كذا، فإن أنكر حلف المدَّعي على ما ادَّعاه من المال مفسرًا.

قال الإمام: والوجه عندنا ما قاله الأصحاب؛ لأن الموصى له إذا قال: إن فلانًا قال: أوصيت لفلان بشيء وأنا أدَّعي ثبوت هذه اللفظة، ثم أبحث بعدها لم يمتنع عليه ذلك، وإنما نفرض الدعوى عند جحود الوارث أصل الوصية، انتهى.

ومن الملحقين للإقرار بالوصية القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والشيخ أبو علي في «شرحه الكبير» وصاحب «البيان» والقفال في «الفتاوى» والقضاة: أبو سعد الهروي، والروياني، والفارقي، وابن أبي عصرون في

....

«الانتصار» و«المرشد» و«التنبيه» والإشارة إلى الأحكام المختارة، والمصنف في تصحيح «التنبيه».

وقد أطلق الرافعي و«الروضة» من بعد الحكاية عن الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة مقتصرة عليه، وفي الصورة زيادة كلام أورده في «الغنية».

فَرْعٌ: عن «فتاوى» القفال: ادَّعى دراهم مجهولة له لم تسمع، ويقول له القاضي بين الأقل الذي تتحققه: وإن ادَّعى ثوبًا ولم يصفه أصلًا لم يصغ إليه، بل لو قال: كرباس ولم يصفه أمره أن يأخذ بالأقل، قال الرافعي: وفي هذا أولًا إرشاد وضرب تلقين، ثم الأخذ بالأول في قدر الدراهم مستفهم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب المدَّعى عينه لا وجه له، انتهى.

ولم أر ما ذكره في «فتاوى» القفال بعد تصفحها، ولعل المراد: الأخذ بالأقل من قيمته لا من صفته، ورأيت فيها: إنه لو ادَّعى ثوبًا على غيره وقال: يلزمه تسليمه إليّ، فأنكر فأقام المدَّعي بينة أن له في يده ثوبًا لم تسمع هذه البيّنة حتى يصف الثوب ويقول: كرباس طوله كذا، وعرضه كذا، وصفته كيت وكيت يلزمه ردّه إليّ، فحينئذ تقبل إلا في موضعين:

أحدهما: أن يقول: غصبه ثوبًا.

والثاني: أقر له بثوب ولم يبينوا صفته، فتقبل الشهادة في هاتين المسألتين.

الثالثة: ادَّعى أن له طريقًا في ملك الغير أو حق إجراء الماء، فالأشهر كما ذكره في «الْإِشْرَافِ» و«روضة الحكام» تبعًا للعبادي: إنه لا يحتاج إلى إعلام مقدار الطريق والمجرى، وعن أبي علي الثقفي: إنه لا بد من إعلام قدر الطريق والمجرى.

قال القاضي أبو سعد: والذي عندي: إنه لا يشترط الإعلام في الدعوى، ولكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق، ومسيل الماء بالذرعان؛ لأن الشهادة

....

أعلى شأنًا، فإنها تستقل بقوة الحكم بخلاف الدعوى، قال: احضر رفقة حرر فيها دعواه، وقال: أدَّعي ما فيها أو ثوبًا بالصفات المكتوبة، وهل يكفي ذلك بصحة الدعوى؟ فيه وجهان سبقا.

فَرْعٌ: ذكر الغزالي: إنه يُعتَبَر بصحة الدعوى وصفان:

أحدهما: إعلام المدَّعي، وذكرنا منه أمثلة وسيأتي غيرها.

والوصف الثاني: كونها ملزمة، فلو قال: وهب مني كذا أو باع لم تسمع دعواه حتى يقول: ويلزمه التسليم إليّ؛ لأنه قد يهب ويرجع ويبيع ويفسخ، قال الرافعي: هكذا نقله الفوراني وغيره وهو المذكور في «الوجيز» ويقرب منه قول أبي سعد الهروي أن يقول في دعوى الدين: لي في ذمة فلان كذا، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه، قال: وإنما يتعرض لوجوب الأداء؛ لأن الموصل لا يجب أداؤه في الحال، وكان هذا فيما إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعي، ويجوز أنْ يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة فلا يشترط التعرض لوجوب التسليم؛ إذ في «الشامل»: إنه لو قال: هذه الدار لي وأنه يمنعني منها؛ تصح الدعوى، ولا يشترط أن يقول: إنها في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه وإن لم تكن في يده.

قلت: قال شريح الروياني في باب الدعوى الناقصة: قال الشافعي: لو تقدم رجلان إلى القاضي فادَّعى كل واحد منهما دارًا وأنها في يده لم يسمع القاضي هذه الدعوى، فإن قال أحدهما: هي في يدي وهذا يعترض عليّ فيها، أو يمنعني من سكنها، فالمذهب: إنها لا تسمع، فقد تكون في يده غصبًا أو عارية وتكون لخصمه، فيجوز له منعه منها، وقال: يعترض عليّ بغير حق تمت الدعوى، انتهى.

ومراد الغزالي والفوراني بذلك ما ذكره غيرهما وهو: كونها تامة محوجة إلى الجواب عنها غير ناقصة، فإنه إذا قال: وهب مني كذا لم تسمع دعواه؛ إذ الهبة لا تلزم دون القبض، والبيع لا يلزم دون السلامة عن الفسخ قاله في «البسيط» وغيره.

....

وفي عبارة الغزالي والفوراني والرافعي إيهام: إنه إذا قال في دعوى الهبة: ويلزمه التسليم إليّ تمت الدعوى وتوجه الجواب على الخصم وليس بمراد؛ إذ قد صرَّح كل من الفوراني والغزالي وغيرهم: إن الهبة لا تلزم إلَّا بالقبض، وحينئذ فإمَّا أن يكون قد حصل تسمح في التمثيل، وإمَّا أن يكون قوله، ويلزم التسليم مؤذن بلزوم الهبة بإقباض سابق الدعوى، ثم عرض منع منه.

وفي «الذخائر»: وإنه يشترط في صحة الدعوى الإعلام والصيغة والإلزام إلى أن قال الثالث: إن يدَّعي أمرًا لازمًا.

قال علماؤنا: لا بدّ من ذلك؛ لأن المدَّعي إنما يكلف الخروج إلى المدَّعى بما يلزم، فإذا ادَّعى هبة عين لم تسمع حتى يدَّعي القبض، وكذلك في الرهن لا تقبل دعواه حتى تقترن بها دعوى القبض، فإن ادَّعى بيعًا قال بعض أصحابنا: لا يصح حتى يدَّعي السلامة فليقل مع دعوى البيع: ويلزمه تسليمه إليّ، قال: وفيه نظر يحتاج إلى تفصيل، فيقال: إذا كانت الدَّعوى على غائب، أي: ونحوه، فيُحْتَمَل اشتراط للحوطة كما اشترطنا أمورًا من الحلف مع البينة وغير ذلك، وإن كانت على حاضر فلا ينبغي أن يُشْترط ذلك، فإنه بنفس انعقاد البيع على الصحة يلزمه التسليم إليه، فإن حدث فسخ بعيب أو إقالة، فالمدَّعي حاضر يعرب عن نفسه ويدَّعيه، ثم الفسخ أمر متحدد بعد العقد فلا حاجة إلى اشتراط ذلك، انتهى.

وأمَّا ما ذكره الرافعي عن الهروي، فقد ذكره الأصحاب، وأشار الماوردي: إلى أنه متفق عليه كما سيأتي.

فَرْعٌ: قال الماوردي: ما في الذمة ضربان:

أحدهما: المثلى وصحة الدعوى به معتبرة بثلاثة شروط:

أن يقول: لي عليه كذا ويصفه.

وأن يقول هو حال؛ لأن الموجب لا يجب بذله قبل حلوله، فإن كان بعضه حالًا وبعضه مؤجلًا صحّت دعوى جميعه ويكون المؤجل تبعًا للحال، فلو كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح العقد كالسلم المؤجل صحَّت

....

دعواه؛ لأن المقصود منه مستحق في الحال.

والشرط الثالث: أن يقول: وقد منعني أو أخره عني، فإن قال: وقد أنكرني صح؛ لأن المنكر مانع، ثم اختلف أصحابنا أنه هل يعتبر في صحة الدعوى أيضًا أن يقول: وأنا أسأل القاضي أن يلزمه الخروج إليّ من حقي؟ على وجهين، قلت: وسيأتي بيانهما.

والضرب الثاني: أن يكون ما في الذمة غير مثلي، وهو ضربان:

أحدهما: أن يمنع الشرع ثبوته في الذمة كاللؤلؤ والجواهر، فلا تصح دعوى عينه إلَّا أن يقصد بالدعوى ثبوت عوضه؛ لأنه مغصوب فتصح بقيمته، أو يكون عن سلم فاسد فتكون الدعوى لرد ثمنه، ويكون ذكره إخبارًا عن السبب الموجب لرد عوضه.

قلت: وإذا صححنا السلم في اللؤلؤ الصغار كما سبق عن المراوزة ثبت في الذمة وصحَّت الدعوى به.

والضرب الثاني: أن يصح ثبوته في الذمة وذلك من وجهين:

أحدهما: عن سلم في ثياب ونحوها، فلصحة الدعوى شروط:

أن يصفها بأوصافها المعتبرة في صحة السلم.

وأن يذكر أنها عن عقد سلم يذكر فيها الشروط المعتبرة في صحة السلم، ثم يذكر بعدها ما يوجبه مقصود الدعوى، فإن لم يذكر أنه عن سلم لم تصح دعوى أعيانها. أن تكون مغصوبة يلزم قيمتها، فيلزمه مع ذكر الصفة أن يذكر القيمة.

والوجه الثاني: الإبل المستحقة في الدية، والغرة المستحقة في الجنين، فلا بدّ من صفتها في دعواه؛ لأن أوصافها مستحقة بالشرع، ولصحة الدعوى بها ثلاثة شروط:

أن يذكر أنه عن جناية عمد أو خطإ؛ لاختلاف الواجب بذلك ومن يجب عليه.

وأن يذكر أنها على حر؛ لأن الإبل لا تجب في العبد، وأن المخمصة حرة؛

....

لأن الغرة لا تجب على جنين الأمة. وأن يذكر محل الجناية من نفس أو طرف أو جراح بقدر ديته بالشرع كالموضحة والخانقة، وتكون المطالبة بالدعوى عفوًا عن القود، وإن لم يتعذر ديته بالشرع كانت الدعوى مقصورة على وصف الجناية ولم تصح الدعوى بعقد وأرشها؛ لأنه مقدر بحكم الحاكم، ويذكر في الجناية على العبد قيمته؛ ليعلم بها دية نفسه وأطرافه، ويذكر في جنين المرأة قيمتها؛ لأن فيه عشر قيمتها، ثم يستوفي شروط المقصود بالدعوى، انتهى حاصل كلامه وقد سبق أكثره ولكن أحببت نقله مجموعًا.

وقال في صدر كلامه: إن الدعوى ستة أضرب: صحيحة، وفاسدة، ومجملة، وناقصة، وزائدة، وكاذبة، ثم اندفع في بيانها وسنذكر مقاصد كلامه إن شاء الله تعالى.

فَرْعٌ: قال الرافعي متصلًا بما سبق عنه: وإذا ادَّعى ولم يقل للقاضي مره بالخروج من حقي، أو سله جواب دعواي فهل يطالبه القاضي؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند ابن الصباغ نعم، للعلم بأنه الغرض من الدعوى.

والثاني: لا؛ لأنه حقه فلا يستوفي إلا بسؤاله واقتراحه كاليمين، وهذا مذهب أبي حنيفة فيما حكى القاضي أبو سعد، وذكر أنه الأصح.

قال: فعلى هذا طلب الجواب شرط في صحة الدعوى، وجزم هنا في «شرحه الصغير»: بأنه أشبههما مقتصرًا على ذلك، وذكر شريح أنه الصحيح من المذهب وبه أجاب القفال، لكن الرافعي في «الشرحين» جزم في «أدب القضاء» بالأول، وزاد في «الروضة» هنا أنه أقوى، وجعلا هذا الثاني وجهًا شاذًا فقالا بعد الجزم بالأول: وفيه وجه زاد في «الروضة» ضعف، وفي «التنبيه»: إنه ليس بشيء، وفي «البيان» و«المهذب» وغيرهما: إن المذهب الأول، وبه جزم الصيمري في شرح «الكفاية» وأرسل الماوردي الوجهين في البابين، وذكر هنا: إنه يخرج عليهما ما إذا حكم بالبينة من غير سؤال، فإن قلنا بالأول نفذ حكمه، أو بالثاني فلا.

....

قال الرافعي: وسواء شرطنا هذا الاقتراح من المدَّعي أو لم نشرطه، لكنه اقترح فيمكن أن يقال: يعني ذلك عن قوله ويلزمه التسليم إليّ، وإن من شرط التعرض له شرطه جوابًا على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور من المدَّعي.

قلت: وفيما سبق عن «الحاوي» ما قد ينازعه، وأحسب أن قوله: ويلزمه التسليم إليّ لا بدّ منه على الوجهين لما لا يخفى، وقال ابن الرفعة: إن في «النهاية» في كتاب القاضي فيما إذا قال: أتى طالبٌ يطالب، وقال: يلزمه أداء ما ادعيته أبدًا تردد في الاكتفاء به؛ لأن الفقيه قد يقول: من عليه دين حال يلزمه أداؤه وإن لم يطالبه صاحبه، وإنما يسقط وجوب الأداء برضا مستحق الحق بالتأخير، فلا يكون قوله: يلزمه أداؤه متضمنًا للطلب فيلزمه التصريح به.

قال الإمام: وهذا محتمل جدًّا، والذي قاله الأصحاب: إنه لا يحتاج، وهل يشترط أن يقول: واسأل القاضي سؤاله عن ذلك؟ فيه خلاف سبق، لكن كلام «التنبيه» ثم يقتضي أن الدعوى تصح بدونه على كلا الوجهين، وكذا يشترط في الدعوى بالعين أن يقول: وهي في يده، فيه وجهان في «الْإِشْرَافِ» وغيره، والأصح: لا؛ لأن طلب التسليم يغني عنه، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: قال الشيخ أبو علي: لا بدّ أن يسأل القاضي مطالبته، فإن لم يسأله هل للقاضي أن يسأله؟ وجهان، وقال القاضي الحسين: يقول له: فمره بالتسليم إليّ، وقال في «تتمة التتمة»: إذا قال المدَّعي في دعواه: يلزمه التسليم إليّ لا يكفي، بل لا بدّ من ذكر الطلب، انتهى.

وإذا كانت الدعوى في وديعة ونحوها فليقل: وأنا طالب أن يمكنني منها ولا يقبل وأطلب تسليمها؛ لأن المودع لا يلزم سوى التمكين من تسلمها.

فَرْعٌ: قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: كل موضع لا يحلف المدَّعى عليه بمجرد الدعوى لا تسمع الدعوى ما لم يقل لي بينة أريد أن أقيمها، فخرج من هذا: إنه لو ادَّعى صبي أو غائب لا تسمع ما لم يقل ذلك، وكذا لو طلق امرأته ثم نكحت بعد مدة، فادَّعى الزوج الأول أيضًا: نكحت في عدتي، لم

....

تسمع ما لم يقل: لي بينة أقيمها على أني أطلقتها يوم كذا، ولا يحتمل انقضاء العدة من ذلك الوقت، انتهى.

فَرْعٌ: قال القاضي هنا: ادَّعى عليه مالًا معلومًا وأقام شاهدين على إقراره بشيء، أو قالا: نعلم أن له عليه مالًا ولا نعلم قدره، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان:

أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه.

وأشبههما: المنع؛ لأن من شأن البيّنة أن تبين وليست كالإقرار؛ إذ يشترط فيهما ما لا يشترط فيه، وعلى هذا الخلاف ما إذا شهدا على غصب عبد أو ثوب ولم يصفاه.

قلت: سبق في كتاب «الإقرار»: إن الأصح السماع وتضعيف التوجيه المذكور؛ لأن الشهادة تبين ما وقع، ولهذا تسمع الدعوى بالوصية بالمجهول والبينة بها، وسبق في الغصب أنه لو قال المالك: قيمة العين مائة، وقال الغاصب: خمسون، فجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسين من غير تقدير، قيل: لا تسمع وسمعها الجمهور، وإن فائدة تكليف الغاصب الزيادة إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه.

فَرْعٌ: قال في «روضة الحكام»: كل دعوى يفتقر الحاكم في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر فهي دعوى ناقصة، مثاله: ادَّعى أنه ذبح له شاة قيمتها عشرة دراهم، أو ضرب بقرة فألقت جنينًا؛ فلا يلزم الجواب حتى يضم إلى دعواه قيمة الشاة مذبوحة، وقيمة البقرة حبلى وقيمتها وقد وضعت؛ لأنه إذا لم يذكر ذلك افتقر معرفة القيمة لفصل المنازعة إلى دعوى أخرى، والخصومة الواحدة لا يمكن الفصل بين المتنازعين بتفريقها وتبعيضها، ولو ادَّعى على آخر: إنه يدعي عليه مالًا أو غصبًا أو شراء شيء منه لم تسمع الدعوى؛ لأنه إخبار عن كلام منه لا يضره، ولو قال: إنه يدَّعي عليّ ويقطعني عن أشغالي أو ينازعني ويلازمني لم تتم الدعوى إلا أن يقول: وليس له عليّ ما يدعيه ولا شيء منه، أو يطالبني بذلك

....

بغير حق؛ لاحتمال أن تكون المطالبة بحق.

وقد قال الشافعي: وذكر ما سبق عن روايته عنه، وقال الماوردي: الدعوى الناقصة ضربان: نقصان صفة، ونقصان شرط؛ فالأول كقوله: لي عليه ألف درهم لا يصفها، فيجب أن يسأله عنها ولا يجملها على الغالب من نقد البلد، وإن كان إطلاقها في البيع محمولًا عليه لجواز كونها من غيره، وإن كان من ثمن مبيع سأله عنها لجواز أن يعتقد بغيرها.

قلت: وهذا وجه سبق قريبًا، قال: وأمَّا نقصان الشرط فيتوقف عن السماع حتى يبتدئ المدَّعي بذكره أو لا يذكره فيطرحها، والفرق أن نقصان الصفة: لا يتردد ذكره بين صحة وفساد، فجاز سؤاله عنه، ونقصان الشرط: يتردد بين ذلك، فلم يجز أن يسأله عنه، انتهى.

قال: وأمَّا دعوى الاعتراض فضربان وهما:

أن تتوجه إلى ما في يده أو إلى ما في ذمته، فالأول لا يكون إلا بعد معارضته، فإن كانت المعارضة فيما لا يستضر به المدَّعي لم تصح دعواه، وإن استضر بها إمَّا بمد يده إلى ملكه، أو بمنعه من منقول، أو غيره وأنه له وفي ملكه، أو يعين المعارض بالإشارة مع حضوره وباسمه ونسبه مع غيبته، وأن يذكر المعارضة هل هي في الملك نفسه لأجل الملك لافتراقهما في الحكم؟

والخامس: أن يذكر أنه يعارضه بغير حق إذ ربما استحق المعارضة ببرهان، أو أجاب معنى لا يبقى في دعواه ما يحتاج الحاكم إلى أن يسأله عنه.

والثاني: إن تتوجه الدعوى إلى ما يتعلق بذمته وأنه طولب بما لا يستحق عليه، فإن لم يلحقه بالمطالبة ضرر لم تصح الدعوى وإن استضر بها، إمَّا في نفسه بالملازمة، أو في جاهه بالإشاعة، أو في ماله بالمعارضة صحَّت به الدعوى؛ لِيَسْتَدْفِعَ بها الضرر، وصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أن يذكر ما طولب به؛ إمَّا معتبرًا، وإمَّا مجملًا؛ لأن المقصود بالدعوى غيره.

....

وأن يذكر أنه غير مستحق عليه. وأن يذكر ما استضر به؛ ليكون الكف عنه متوجهًا إليه. أفرق بهذه الشروط ما نكل به جميع الدعاوى سأل الحاكم المدَّعى عليه، فإن اعترف جميع ما تضمنها منعه الحاكم من معارضته، وإن أنكر المعارضة خلى سبيله ولا يمين عليه، وإن ذكر أنه يعارضه فيه بحق يصفه صار مدَّعيًا، والمدَّعي مدَّعى عليه.

فَرْعٌ: الدعوى الفاسدة أضرب:

الأول: ما عاد فساده إلى المدَّعي كمسلم يدَّعي نكاح مجوسية، أو حر موسر يدَّعي نكاح أمة فلا تسمع.

والثاني: ما عاد فساده إلى الشيء المدَّعى وهو أضرب:

أولها: أن يدَّعي مالًا لا تقر يده عليه كخمر وخنزير وسبع ضار وحشرة مؤذية.

قلت: والظاهر أن الخمر المحترمة عند المراوزة من الضرب الثاني كجلد الميتة.

وثانيها: أن يدَّعي ما يقر اليد عليه كَجُلُودِ الْمَيِّتَةِ، وَالسِّرَاجِينِ، وَالسِّمَادِ النَّجِسِ، وَالْكِلَابِ الْمُعَلَّمَةِ، واختلف في اليد عليها إذا كانت الجلود من أموات حيوانه، والسِّراجين من أدوات بهائمه هل هي يد ملك أو يد انتفاع؟ على أوجه:

ثالثها: إن ما يصير منها في الثاني ملكًا يعتض عنه كجلد الميتة، فاليد عليه يد انتفاع لا ملك، فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا نظر إن كان بالغًا كانت الدعوى باطلة، وإن كان باقيًا نظر إن ادَّعى معاوضة كالبيع، فالدعوى فاسدة إلا أن يكون قد دفع عنها فتتوجه الدعوى إلى الثمن إن طلبه، وإن ادَّعاها من غير معاوضة فتصح الدعوى بها في أحد ثلاثة أوجه: إن نقصت منه أو يوصي له بها، أو توهب منه وتصح دعوى هبتها، فإن أطلق الدعوى ولم يفسرها بما تصح به أو تفسد فهل يستفسره الحاكم ليعمل على تفسيره، أم

....

يمسك عنه ليكون هو المبتدئ لتفسيرها؟ فيه وجهان.

والثالث: ما تقر اليد عليه ملكًا، ولا يجوز انتقاله من مالك إلى مالك كالوقف وأم الولد، فالدعوى فيه على المالك فاسدة ولا يجوز للمالك أن يسمعها؛ لاستحالة انتقاله عن ملكه إلى غيره إلا أن يدَّعي ابتياعه لاسترجاع الثمن، فتتوجه الدعوى إلى الثمن، ويكون ذكر ابتياعه إخبارًا عن السبب، ويجوز أن يدَّعي الوقف وأم الولد على غاصبها.

وأمَّا الضرب الثالث في الأصل وهو: ما عاد فساده إلى سبب الدعوى وهو ضربان: عقد، ومقتضى عقد، فالعقد: كالبيع وهو ضرب صحيح ومتفق على فساده ومختلف فيه، فإن كان صحيحًا صحَّت الدعوى إذا استوفى شروطها كما سيأتي.

وإن كان فاسدًا وفاقًا كبيع الحمل والثمر قبل أن يحلف، فدعواه باطلة لا تسمع بطلب تسليم المبيع وتسمع لطلب رد الثمن، وإن كان البيع مختلفًا فيه كبيع العين الغائبة سمعها ليحكم فيها بما يراه من صحة أو فساد ورد الثمن، وكذلك الحكم في عقود الإجارات والمناكح والرهون.

وَأَمَّا نَقْضُ الْعَقْدِ فَكَالشُّفْعَةِ وَهِيَ: مُسْتَحَقَّةٌ، وَبَاطِلَةٌ، وَمُخْتَلَفٌ فِيهَا:

فالمُسْتَحَقَّةُ: فَشُفْعَةُ الْخُلْطَةِ تَصِحُّ دَعْوَاهَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ شُرُوطِهَا.

والباطل: ففِيمَا يُنْقَلُ مِنْ مَتَاعٍ، أَوْ حَيَوَانٍ فلا تسمع منه، فَإِنْ جَهِلَ المُدَّعِي حُكْمَهَا أَخْبَرَهُ بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِيهَا.

المُخْتَلَفُ فِيهَا: شُفْعَةُ الْجَارِ، فإن رآها سمع الدعوى وحكم بشروطه، وإلا لم يسمعها بخلاف البيع المختلف فيه؛ لأن البيع عقد يفتقر إلى الحكم بإبطاله ورد ما تقاضاه بخلاف الشفعة؛ لأنها مجرد دعوى يبطل بردها والإعراض عنها فافترقا، هذا حاصل «الحاوي».

وأمَّا الدعوى المجملة كقوله: لي عليه شيء، فلا تسمع للجهالة، وإن سمع الإقرار بمجهول، وفرَّق بما سبق، قال: ولا يجوز أن يقول له القاضي:

....

فسِّر ما أجملت؛ لأنه تلقين، وإن قال له: إن فسَّرت ما أجملت سمعت جاز؛ لأنه استفهام وهو له لا التلقين، ثم ذكر الدعوى الناقصة كما سبق، ثم قال: وأمَّا الدعوى الزائدة فأضرب:

أحدها: أن تكون الزيادة هدرًا كقوله: ابتعت منه هذا العبد في بلد كذا أو سوق كذا.

وثانيها: أن يكون تأكيدًا كابتعته منه على أني إن وجدته معيبًا رددته، أو على أنه إن استحق كان عليه كذا فهذا لا يمنع من سماعها أيضًا.

وثالثها: أنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مُنَافِيَةً لِمُوجَبِ الدَّعْوَى، كَقَوْلِه: ابْتَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ إِنِ اسْتَقَالَنِي أَقَلْتُه، وَإِنْ رَدَّهَا عَلَيَّ فَسَخْتُهُ فما حكم الزيادة في الدعوى؟ فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مُعْتَبَرَةٌ بِمَخْرَجِهَا مِنْهُ، فإن خرجت بعد صحة العقد الممتنع من صحة الدعوى، وكان ذكرنا حكاية حال يقف على خياره، وإن خرجت مخرج الشرط في العقد بطلت بها الدعوى، فإن قصد بها تملك المبيع لم تسمع، أو استرجاع الثمن سمعت.

قال: وأمَّا الدعوى الكاذبة: فهي المستحيلة، كدعوى من بمكة أنه نكح أمس فلانة بالبصرة، أو أنه ورث هذا العبد من أبيه، وقد ولد بعد موت أبيه، أو أن فلانًا جرحه هذه الجراحة في يومه، وفلان غائب، ونحو ذلك من الدعاوى الممتنعة، لا يسمعها الحاكم، وإن صدقه الخصم عليها لاستحالتها وتزول بها عدالة مدعيها للعلم بكذبه.

فَرْعٌ: لا يشترط لسماع الدعوى أن يكون بينهما مخالطة ومعاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس، وعن مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنه لا تسمع دعوى الدنيء على الشريف إذا لم يعرف بينهما سبب.

وعن الإصطخري: إنه إذا شهدت قرائن الحال بكذب المدعي لم يلتفت إلى دعواه، مثل: أن يدعي المدعي استئجار الأمير أو الفقيه لكنس داره، ولعلف دوابه، ومثل: دعوى المعروف بالتعنت، وجر ذوي الأقدار إلى

أَوْ نِكَاحًا لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَقُولُ نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَرِضَاهَا إنْ كَانَ يُشْتَرَطُ. فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفِ عَنَتٍ، ....

مجالس القضاء واستحلافهم ليفتدوا بشيء، هذه عبارة الرافعي.

وقال ابن أبي الدم: اطرد الإصطخري لما سبق في حدِّ المدعي أنه من يدعي أمرًا باطنًا، خلاف الظاهر في مسألة خالف فيها الأصحاب، فقال: من ادَّعى من السفل على ملك عظيم أو وزير نبيه خطر، أو قاض جليل أو شريف نسيب أنه زوجه ابنته، أو أنه أقرضه حبة من ذهب، أو أنه استأجره لسياسة دوابه، وما أشبه هذا أنه لا تقبل دعواه؛ لأنه يدعي أمرًا يخالف الظاهر، بل أهل العُرف يقطعون بكذبه.

قال الإمام: وما ذكره لا تعويل عليه، ولا يسوغ في الدين تشويش القواعد بأمثال هذه الوساوس.

قال ابن أبي الدم: وما ذكره الإصطخري ليس ببعيد أن يصير إليه مجتهد، وهو مذهب مالك، فإنه لا تسمع دعوى وضيع على شريف، إلا أن يعرف بينهما معاملة. قال ابن عبد السلام في الفصل المعقود لما أثبت على خلاف الظاهر: إذا ادَّعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه.

قال الشافعي: تقبل دعواه، وهي في غاية البعد ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض أصحابه في ذلك، وخلافه متجه ويظهر كذب المدعي والقاعدة في الإخبار من الدعاوي والشهادات والأقارير وغيرها أن ما كذبه العقل، أو جوزه، وأحالته العادة، فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعًا فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متقاربة.

قال: (**أَوْ نِكَاحًا لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَقُولُ نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَرِضَاهَا إنْ كَانَ يُشْتَرَطُ؛ فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفِ عَنَتٍ**) لما فرغ - رَحِمَهُ اللهُ - من بيان الدعوى بالدين

....

والعين اندفع في بيان الدعوى في العقود، وبدأ بالنكاح للاهتمام به، إذا علم هذا فقد تقدم أن المذهب الجديد قبول إقرار الحرة البالغة العاقلة بالنكاح، سواء السفيهة والرشيدة، والعفيفة وضدها، والقريبة والبلدية، على ظاهر المذهب.

فإذا ادَّعى على المرأة والولي المجبر النكاح كما سنوضحه، فالمذهب المنصوص في «الأم» و«المختصر» وبه أخذ عامة الأصحاب: إنه يشترط لصحة الدعوى أن يذكر أنه تزوجها بولي رشيد وشاهدي عدل ورضاها، إن كان شرطًا إمَّا لكونها ثيبًا بالغة عاقلة، أو بكرًا، والولي غير الأب والجد؛ لأن النكاح يتعلق به حق الرب وحق الآدمي.

وإذا وقع وطء لا يمكن استدراكه، ولا تسمع الدعوى فيه إلا أن تكون معتبرة مبينة كالقتل؛ ولأن في شرائطه خلافًا للعلماء، فأبو حنيفة لا يشترط الولي، ومالك لا يشترط الشهود، ونحن لا نعتبر رضا البكر البالغ بالنسبة إلى الأب، وأبو حنيفة يعتبره، فلم يجز الحاكم أن يحكم بظاهر الدعوى حتى يعلم وجود الشرائط؛ لئلا يحكم بصحة ما هو خطأ عنده، وقيل: يكفي الإطلاق، والتعرض لذلك مستحب كالإطلاق في دعوى المال، فإنه لا يشترط ذكر السبب فيه.

قال الإمام والغزالي والروياني بلا خلاف: وفيه وجه قوي قدَّمناه؛ ولأن مطلق اسم النكاح ينصرف إلى الشرعي، وهو ما وجدت فيه الشرائط، والمذهب الأول، وفي المسألة وجه ثالث وسيأتي إيضاحه قريبًا.

قال الشافعي في «المختصر»: لو ادَّعى أنه نكح امرأة لم أقبل دعواه حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدي عدل، ورضاها إن كان الولي مما لا يزوجها إلا برضاها، فإن قيل: ليس في لفظ اشترط عدالة الولي، قيل: بلى؛ لأن قول عدل يرجع إلى الولي والشاهدين.

قال في «الشامل» وغيره: على أنه قيل أن هذا من الشافعي جواب على عدم اشتراط عدالة الولي، وفي «الشامل» وجه: إنه لا حاجة للتعرض لعدالة الولي، وطرد في الشاهدين والأشهر خلافه.

....

قال الرافعي: وقياس وجوب التعرض للعدالة وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يجب التعرض لتعيين الشاهدين، ولا تعيين الولي أيضًا، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يعرض الولي والشهود، هكذا جزم به الرافعي، وسيأتي ما فيه، ولا يشترط ذكر انتفاء الموانع من ردة وعدة وإحرام ورضاع وغيرها.

قال جماعة بلا خلاف ومنهم الإمام، وفي «إشراف» الهروي وغيره على المذهب: إن الأصل عدمها؛ ولأنه يعسر عدها لكثرتها، وعن الأستاذ أبي طاهر أن محمد بن إبراهيم العبدي من أصحابنا أوجبه، وحكاه الرافعي في «الشرحين» وفي «البسيط»: إنه لا يجب التعرض لانتفاء المفسدات إجماعًا من الردة والعدة والزوجية والإحرام، ولعلَّه أراد أنه لا يجب تعدادها.

والظاهر أن العبدي يكتفي بنفيها إجمالًا، وإذن لا مشقة في قوله: وهي خالية من الموانع الشرعية، هذا في الحرة، أمَّا في نكاح الحر الأمة فهل يشترط التعرض للعجز عن الطول والخوف العنت؟ فيه وجهان:

أقيسهما: في «الشامل» و«البحر» و«المحرر» و«الشرح الصغير» الاشتراط، والأصح في «الروضة» وغيرها وهو الوجه؛ لأن الفروج يحتاط لها كالدم.

والثاني: لا، كما يشترط ذكر انتفاء الموانع.

تنبيهات: سبق جزم الرافعي بأنه لا يشترط تعيين الشاهدين ولا الولي، وقال ابن الرفعة: يتعرض لذكر الولي من أب أو جد، وعلمها بذلك إن كانت الدعوى عليها، كما أشار إليه الإمام في كتاب النكاح.

وقال في «روضة الحكام» تفريعًا على المذهب: يشترط من أن يدعيه بشروطه التي يفتقر صحة العقد إليها فيذكر الولي والشاهدين ورضاها، حيث يعسر على الوجه الذي يعسر نطقًا أو صمتًا، وقد قيل: هل يحتاج إلى أن يذكر الولي النائب أو الحاكم أو الولي؟ فيه وجهان.

قال الإصطخري: لا بد من ذلك، نسب الروياني الوجه المتقدم بأن

....

التعرض لذكر الشرط مستحب إلى ابن أبي هريرة، ونقل عنه أنه قال: ويكفي أن يقول: نكحتها نكاحًا صحيحًا، والماوردي نسبه إلى ابن سريج، وشريح الروياني إلى أبي إسحاق.

قال الهروي: وأصل هذا الخلاف أن العبد إذا أذن له في نكاح صحيح فنكح فاسدًا هل يجب المهر حيث يجب في النكاح الصحيح؟ ونقل الإمام أن وجه الإطلاق مخرج من نصه على سماع دعوى البيع مطلقًا.

قال القاضي الحسين: وقد قيل: إنه قول قديم، قال الإمام: وعلى هذا هل يشترط التقييد بالصحة؟ فعلى وجهين، وحكاهما الهروي قولين، قال الإمام: والوجه عندي الاشتراط، فإنها لفظة جامعة دالة على المقصود، وعليه جرى في «الوسيط» وهذا ما سبق عن ابن أبي هريرة.

قال الرافعي: وأشار كلام «الوسيط» إلى أن الوجهين مفرعان على قولنا: لا يشترط تفصيل الشرائط، وإيراد الهروي يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيل المتضمن ذكر الصحة نفي الموانع.

قلت: وعبارة «البسيط»: وإذا قلنا: لا يشترط التفسير فهل يشترط التقييد بالصحة؟ فعلى وجهين، والوجه القطع باشتراط التقييد بالصحة في النكاح، فإنها لفظة جامعة دالة على المقصود.

وفي أصل المسألة وجه ثالث: إنه إن كانت الدعوى لابتداء العقد بأن قال: عقدت عليها أو نكحتها أو تزوجتها وجب ذكر الشرط؛ لأنها شرط في الابتداء، وإن كان لاستدامته بأن قال: هي زوجتي لم يجب ذكرها؛ لأنها ليست شرطًا في الاستدامة، واختاره صاحب «الإفصاح» وصححه في «الوجيز» وجزم به الدارمي، وحكى الخلاف في «البسيط» وغيره بلا أقوال المنصوص الأول، واستدل التفصيل بأن الزوجة تثبت بالانتفاضة بخلاف العقد، وبنى القاضي الحسين والفوراني الخلاف في دعوى الابتداء على المعينين في عقد النكاح فقالا: إن قلنا: المعنى اختلاف الناس في شرائطه فهاهنا لا يجب

....

ذكرها؛ لأنه لا خلاف فيه، وإن قلنا: المعنى مراعاة الاحتياط فيجب ذكرها.

وفي «البحر» طريقة أخرى حاكية قولين التفصيل وعدمه، وقال شريح بعد أن حكى الخلاف في دعوى: وإن ادَّعى الحكم وهو الزوجية بأن ادَّعى أنها زوجية، فإن شرطنا في دعوى النكاح بيان الشرائط فهاهنا وجهان، وقال بعض أصحابنا: إذا ادَّعى أنها زوجية بنكاح صحيح يقبل وجهًا واحدًا، وحكى ابن أبي هريرة أنه قال: إن ادَّعى زوجية تزوج بها فلا بد من وصف العقد بشرائطه، وإن ادَّعى أنها زوجية بغير ذكر عقد، فلا يفتقر إلى أكثر من الدعوى فقط، انتهى.

إذا علمت ما تقدم كان قضية اصطلاح المصنف أن يقول: لم يكف الإطلاق على المذهب، أو على النص صورة الدعوى التامة الموجبة للتسليم بشرطه أن يقول: هذه زوجتي تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها على صداق معلوم صحيح مبلغه كذا، وقد أحضرته ليتسلمه مني وتسلم نفسها إليّ وأطلب منها ذلك، فمرها أيها الحاكم به فيتعرض لتفصيل العقد ويذكر رضاها إن كان الزوج غير مجبر أو كان مجبرًا تعرض لذكره وهو الأب أو الجد، ويتعرض للأهلية في حق الزوج والزوجة، ويخرج لك ما ذكرناه في اشتراط ما يجب التعرض له وجوه كثيرة.

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في اختصاص دعوى النكاح بصفة العقد، فقال ابن أبي هريرة: لأن الشرع خصَّها بالولي والشاهدين ولولا هذا لكان كغيره.

وعلله أبو إسحاق بأن الفروج موضوعة على الخطر والتغليظ، فلم يجز استنتاجها بدعوى مجملة، وعلم أبو حامد المروزي بأن في استنتاجه الفرج إتلافًا كالقتل، وعلل آخرون بأن الاختلاف في عقود النكاح أكثر يشرط في الشهادة على النكاح التفصيل؛ إذ اشترطته في دعواه وأولى.

وفي «فتاوى» القفال: إنه يجب أن يقولوا بعد تفصيل النكاح من ابتدائه، ولا يعلم أنه فارقها أو وهي اليوم زوجته.

....

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة: تصح دعوى النكاح من الزوج على الأب والجد إذا كانت الزوجة بكرًا صغيرة بلا خلاف، فإن أقر فذاك، وإن أنكر قال القاضي الحسين: هنا يحلف، فإن نكل حلف الزوج وسلِّمت إليه، ونقله في آخر «النهاية» عن الأصحاب، وفي كتاب «الصداق» عن كثير من أئمة العراق: وإنهم لم يذكروا فيه خلافًا، ثم حكى وجهًا: إن الولي لا يحلف وإن كانت بكرًا كبيرة، قال القاضي الحسين هنا: إن الدعوى تسمع على الأب والجد، وحكى الإمام عند الكلام في وقوع عقدين على امرأة وجهين في الدعوى على المجبر.

قلت: ما في «تعليق» البغوي هنا المنع مع استشكاله، وأجاب في آخر «النهاية» بالسماع، وأن له أن يحلف على عدم التزويج، وحكى الخلاف فيما إذا نكل هل يحلف الزوج؟ **ففي وجه**: يحلف وبه أجاب ابن الحداد كما لو كانت صغيرة، **والثاني**: لا؛ لأنه قادر على تحليفها وهي باليمين أولى.

قال ابن الرفعة: وعلى هذا كذا رأيته في «الكفاية» والصواب وعلى الأول وهو ما في «النهاية» و«البسيط» إذا حلف الأب فللمدَّعي أن يدَّعي على المرأة، فإن أقرت ثبت النكاح على الصحيح، وإن أنكرت وحلفت فذاك وإلا حلف وسلمت إليه.

وقال هاهنا: إن سماع الدعوى عليها ينبني على قبول إقرارها إن قبلناه سمعت عليها وإلا فهل تتوجه الدعوى عليها؟ واليمين على قولين مبنيين على أن يمين الرد مع النكول كالبينة أو كالإقرار، فإن قلنا: بالأول حلفت، فإن نكلت حلف المدعي وثبت النكاح، وإن قلنا: بالإقرار فلا يحلف، وكذا قال الفوراني: ويظهر أن يقال: إن اليمين تعرض وإن منعنا الإقرار وقلنا: يمين الرد مع النكول كالإقرار وتكون فائدة العرض أن تحلف وتنقطع الخصومة، وذلك مستمد مما حكيته عن الأصحاب فيما إذا ادَّعى على سفيه بجناية توجب المال، ثم ما ذكره الإمام والفوراني يفهم أمرين:

أحدهما: إن الخلاف في سماع الدعوى عليها مفرع على القديم؛ لأن الجديد قبول إقرارها، وكذا في القديم إذا كانا غريبين كما نقله الإمام والبغوي

....

وابن الصباغ وغيرهم، أو تقادم عندهما كما حكاه القاضي الحسين، أمَّا عند فقد ذلك فلا يقبل.

قال في «الشامل»: وهذا لا يعرفه أصحابنا، وفي «البحر»: إن بعض الخراسانيين قال: لا يصح إقرارها بالنكاح في قوله القديم؛ لأنها لا تباشر عقد النكاح، فلا تكون من أهل الإقرار به كالصبي، وكأنه ـ والله أعلم ـ يشير إلى الفوراني؛ لأن هذا لفظه في «الإبانة».

قلت: لكنه قال في «العمد» هنا: وقال في القديم لا يقبل إلا أن يكونا في دار الغربة، انتهى.

وفي «الحاوي» وعن مالك: إنه يحكم بإقرارها بالنكاح في السفر، ولا يحكم به في الحضر إلا ببينة، أو يرى دخوله وخروجه من عندها؛ لإمكان ذلك في الحضر، وتعذره في السفر، إلا أن يكونا في غربة، فقيل: وقد ذكره الشافعي في القديم، فمن أصحابنا من خرَّجه قولًا في القديم، ومنهم من نسبه إلى حكايته عن مالك، وإن مذهبه في القديم والجديد، وقول فقهاء العراق إن تصادقهما عليه يوجب الحكم بصحته في الحضر والسفر والغربة والوطن.

والثاني: إن محل الخلاف في سماع الدعوى عليها حيث لا بينة له، فإن كانت فيظهر أن تسمع الدعوى وجهًا واحدًا، ويعضده أن الأصحاب قالوا: إن الدعوى على السفيه تقبل الخطأ ونحوه مسموعة وجهًا واحدًا، وإن لم يقبل إقراره لقيام البينة عليه إن أنكر، فإن قيل: إذا جوزتم الدعوى لأجل إقامة البينة فاحتمال إقرارها متوقع، فإذا أقرَّت لم يسمعوه فكيف تقام البينة على معترف، وجوابه: أمَّا إذا لم نرتب عليه حكمًا جعلناه كالسكوت، كذا أشار إليه الإمام، وجوَّز المدَّعي أن يحلف، فإذا قلنا يمين الرد كالبينة مع تصريحها بالإقرار، انتهى.

وعلى كل حال، إذا صحَّت الدعوى بالنكاح فهل يشترط في صحة الإقرار به التفصيل السابق في الدعوى؟ فيه خلاف جاز فيما إذا أقر الرجل بالنكاح، والأصح: إنه لا يشترط، وهو المذهب في «النهاية» و«البسيط» وفي «تعليق»

....

القاضي الحسين، وفي نسخة أبي الطيب: إن المذهب الاشتراط.

وقال الرافعي: يكفي الإطلاق، إن كفى في الدعوى والشهادة وإلا فوجهان:

أظهرهما: الاكتفاء بالإطلاق، والفرق أن المقر لا يقر إلا عن تحقيق وتثبت، وفي الشهادة على إقرارها لا يشترط أن يقولوا: ولا يعلم أنه فارقها، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: وكأن الفرق بين الدعوى والإقرار أنه لو ادَّعى على إنسان ألفًا مطلقًا لا تسمع هذه الدعوى، ولو أقر له بألف مطلقًا تسمع، انتهى.

فَرْعٌ: إذا ادَّعى على القاضي نكاح مجنونة، قال القاضي الحسين: تسمع دعواه، فإن أقر به القاضي فذاك، وإن أنكر لم يحلف؛ لأن تكذيبه إنكار للقاضي، انتهى.

واشتراط التفصيل وعدمه في دعوى المرأة النكاح حيث تسمع كاشتراط ذلك في دعوى الرجل النكاح، قال الشافعي في «الأم» في رجل يدَّعي نكاحًا: لا بد من كشف السبب، وكذلك المرأة تدَّعي نكاحًا فهي كالرجل، انتهى.

فإذا ادَّعت نكاحًا فإن اقترن بدعواها طلب حق كمهر أو نفقة أو ميراث سمعت قطعًا، وكذا أن تمحضت دعوى الزوجية على الأصح، والأصح في «تعليق» البغوي: المنع، قال: لأنه يرتفع النكاح بإنكاره، فلا معنى للدعوى مع إنكاره، انتهى.

فإن سمعت نظر، فإن سكت وأطرأ قامت البينة عليه، وإن أنكر لمن يكن إنكاره طلاقًا على الأصح، وقيل: الأظهر، فإن قلنا هو طلاق سقط ما ادَّعته، أي: من الزوجية، ولها أن تنكح غيره، ولو رجع عن إنكاره، وقال: غلطت فيه، لم يقبل رجوعه، وإن قلنا ليس بطلاق فإنكاره كسكوته، فيقيم البينة، وإن رجع قلنا: رجوعه وتسلمها، وإن لم يكن لها بينة وحلف فلا شيء عليه، وله نكاح أختها وأربع سواها، وليس لها أن تنكح غيره.

....

وإن اندفع النكاح ظاهرًا حتى يطلقها أو يموت، قال البغوي: أو يفسخ بإعساره، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكنًا من الفسخ.

قال الرافعي: وليكن هذا مبنيًا على أن للمرأة أن تفسخ بنفسها، أمَّا إذا أحوجناها إلى القاضي فما لم يظهر له النكاح يفسخ، أو يأذن في الفسخ، وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول: إن كنت نكحتها فهي طالق ليحل لها النكاح، وإن نكل الرجل حلفت هي واستحقت المهر والنفقة، وإن نكلت بطل حقها، قال البغوي في «التعليق»: ولو رفق به القاضي ليطلق فلم يفعل فهل يطلق القاضي؟ وجهان:

ثانيهما: لا، فعلى هذا هل لها أن تنكح أم لا؟ وجهان، قال: وذكر الشيخ أبو علي في طريقته: إذا أنكر الزوج فلا نكاح بينهما في الظاهر، وهل يكون ذلك طلاقًا في الباطن أم لا؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يوجد صريح ولا كناية.

والثاني: يكون طلاقًا، قال المُعلق: قال شيخنا الإمام؛ يعني: البغوي: وتفصيل هذا أنه ليس له أن يمسكها في الظاهر بحكم النكاح، وهل يكون طلاقًا في الباطن حتى تنقضي به العدة؟ وهل له وطؤها في الباطن؟ وجهان.

وكذلك هل له أن ينكح أختًا وأربعًا سواها؟ إن جعلناه طلاقًا في الباطن يجوز، وإلا فلا، فأمَّا المرأة فإن جعلناه طلاقًا باطنًا جاز لها النكاح ظاهرًا وباطنًا كما لو طلَّقها صريحًا، ولو لم يجعله طلاقًا باطنًا ليس لها أن تنكح لا ظاهرًا ولا باطنًا؛ لأن في الباطن لم تطلق، وفي الظاهر هي تدَّعي النكاح، انتهى.

وقوله: فإن جعلناه طلاقًا جاز لها النكاح ظاهرًا وباطنًا مشكل، والمتبادر أن يقال: جاز لها النكاح باطنًا لا ظاهرًا، فتأمله.

وفي «فتاوى» القفال: لو ادَّعت أنك نكحتني فأنكر، هل لها أن تنكح في الحال؟ من أصحابنا من قال: لا تحل، وهو الظاهر، فقيل لها للقفال: هل لها جعل إنكاره؟ فوقه واقعة بطلقة كما قال الشافعي، أي: في «الإملاء» فيما إذا

....

قال: نكحتها وأنا واجد للطول، أو محرم يجعل ذلك فرقة بطلقة، قال: لأن هناك أقر بالنكاح، ثم ادَّعى ما يمنعه فجعل منه تطليقه، وهنا لم يقر بنكاح أصلًا، بل أنكر فافترقا، ومن أصحابنا من قال: الحاكم يتلطف به ليقول: إن كنت نكحتها فقد طلقتها لتحل لغيره، كما قال الشافعي، وإن لم يطلق الرجل لها أن تنكح في الحال إذا أنكر نكاحها، والأول أصح، انتهى.

وقال الماوردي: إذا ادّعت ولها بينة سمعت ولا أحلف لها، فإن حلف فذاك، ولها أن تنكح غيره، وإذا أقرت بنكاحه؛ لأن نكاحها قد زال بيمينه، وإن نكل عن اليمين ردد عليها، فإن حلفت حكم لها عليه بالزوجية، وحل له إصابتها والاستمتاع بها، انتهى.

ورأيت في «فتاوى» القفال: إنها إذا ادَّعت أنك نكحتني فعليك المهر والنفقة فأنكر وحلف، فهل لها أن تنكح زوجًا في الحال أم لا؟ ينظر، فإن ادَّعت الدخول فليس لها أن تنكح ما لم تنقض العدة، وإن لم تدع الدخول فلها أن تنكح زوجًا آخر.

وقضية هذا أن الإنكار تطليق، وإلَّا يقصر أثره على الظاهر دون الباطن، وفي «النهاية»: إنها إذا ادَّعت النكاح ولم تتعرض لذكر مال فهل تسمع دعواها؟ وجهان، ثم ذكر أن الكلام في المسألة يتعلق بثلاث منازل:

إحداهما: أن يدَّعي النكاح فيسكت ولا يبدي إقرارًا ولا إنكارًا، ففي سماع البينة والحالة هذه وجهان، وإذا سمعنا دعواها وبينتها فثبتت أصل النفقة هذه منزلة.

المنزلة الثانية: أن ينكر الزوج والقول في هذه المرتبة يترتب على القول في الأولى، إن قلنا: لا تسمع دعواها إذا سكت فلا تسمع هنا، وإن تسمع في سكوته فأنكر هل تبطل الدعوى بعدما سمعت؟ فعلى وجهين مبنيين على قاعدة، وهو أنه إذا أنكر النكاح ثم اعترف به فهل يقبل اعترافه أم يمتنع عليه إثبات النكاح بعد تقدم إنكاره؟ وهذا مختلف.

....

وعندنا أن حقيقة الخلاف في قبول دعوى المرأة تتلقى من هذا، فإن قبلنا اعترافه بعد إنكاره وله أن يعيّنها بعد اعترافه فالدعوى لا تبطل بإنكاره، وإن قلنا: لا يقبل اعترافه فلا سبيل إلى إثبات النكاح عليه فيما يتعلق، ولكن هل يثبت حقوقها المالية؟ ففيه احتمال وتردد.

وكل ذلك على قولنا: إن إنكاره النكاح بمنزلة الطلاق، ثم قال: وتمام الكلام في هذا أنَّا إذا أثبتنا دعواها فلها حقوقها المالية، ولا خلاص منها إلا بالطلاق، فأمَّا طلب القسم فإن لم تصور اعترافًا بعد إنكاره، ولم يصححه، فطلب الزوج القسم بحال وهي محرَّمة عليه، وإن قلنا يتصور منه الاعتراف بعد الإنكار، ففي طلب القسم منه احتمال مع إصرار على دعوى التحريم وإن كانت الحقوق المالية، انتهى.

فَرْعٌ: تحته امرأة فادَّعى آخر زوجيتها فالصحيح إن هذه الدعوى تكون عليها لا على الزوج؛ لأن الحر لا يدخل تحت يد، فلو أقام كل منهما بينة لم تقدم بينة من هي تحته، بل هما كاثنين أقاما بينة على نكاح خلية، فينظر إن أطلقتا أو أرختا بتاريخ واحد فمتعارضتان، ولا قسمة هنا ولا قرعة، وإن اختلف تاريخهما قدَّمت أسبقهما تاريخًا، بخلاف نظيرها في المال على قول؛ لأن الانتقال فيه غالب دون النكاح.

ولو قامت بينة هذا على النكاح وبينة هذا على إقرارها به، فالأول أولى كما لو أقام بينة بأنه غصبه كذا، وآخر بينة أنه أقر له به، فإن أقرت لأحدهما فعلى ما ذكر فيما إذا زوَّجها وليان لاثنين وادَّعى كل منهما سبق نكاحه، هذا حاصل «الروضة» ونسبه الرافعي إلى «التهذيب» وغيره، وكيف تسمع بينة من هي تحته، وهو غير مدَّعى عليه.

وعلل البغوي في «التعليق» قوله: فالأول أولى بأن إقرارها بعد الزوجية لا يقبل للغير، ثم شبه بما سبق من بينتي الغصب والإقرار، وقدمت في الرجعة فربما فيما إذا ادَّعى على امرأة في حبالة رجل أنها زوجته، فقالت: كنت زوجته فطلَّقني، يتعين مراجعته، وقد أوضحته في «الغنية» هناك بما لا يسمع

....

جهله، ووقعت المسألة في «الفتاوى» وحصل فيها خبط.

فَرْعٌ: قال الدارمي: إذا ادَّعى نكاحها بإذنها فأنكرت الإذن ثم اعترفت لم تحل له والرجعية إذا ادَّعت انقضاء عدتها، ثم قالت: لم ينقض شيئًا، فقيل: بظاهرهما والفصل، وقد حكى هذين النصين أبو عاصم العبادي وشريح الروياني، ثم قالا: يقبل أنهما على قولين، وقيل: بتقريرهما، والفرق واستشكل الهروي نصه في النكاح، وأطال الكلام عليه.

فَرْعٌ: ادَّعت ذات ولد أنها منكوحة، وأن الولد منه فأنكر النكاح والنسب صدق بيمينه، وإن قال: هو ولدي وأطلق، أو قال: من غيرها لم يكن مقرًا بالنكاح، وإن قال: إنه منها وجب المهر، وإن أقر بالنكاح فذاك، فإن قال: نكاح تفويض، طالبته بالفرض حيث لا دخول، وإلا فلا؛ يعني: لإنكاره، هكذا ذكره البغوي في «تقريبه» و«تعليقه» وتبعاه، وعلله بأن الإصابة المثبتة للنسب لا تخلو عن المهر، قال: ولا تحمل على استدخال الماء؛ لأنه نادر، انتهى.

وفي النفس من إطلاق القول بوجوب المهر شيء بمجرد اعترافه بأنه ولده منها؛ إذ يجوز أن يكون كذلك، ولا مهر بأن نكحها رشيدة بإذنها وهو سفيه بلا إذن، ومكنته مختارة فلا مهر لها على المذهب، أو كان الولد عن استيلاد ثم أعتقها فادَّعت أنه نكحها من بعد وغيره ذلك، والأصل براءة الذمة، فبان أن ثم إصابات مثبتة النسب خالية عن المهر، اللهم إلا أن يقال: سكوته عن ذلك دليل على أن الحال مقتضى وجوب المهر، وإلا لذكره.

قال في «التعليق»: وله مع هذا أن يحلفها: إنك ما استوفيت المهر، أو لم يقوَّ، وفيه نظر؛ لأنه قد يجهل ذلك أو يغفل، ولم لا يقال: يستفسره ليكون الإلزام بالمهر إذا توجه على بصيرة ويقين.

فَرْعٌ: أطلق البغوي أنه لا تسمع دعوى نكاح ثبت صغيره حتى لو ادَّعى نكحتها، وهي بكر فالمذهب هاهنا: لا تسمع؛ لأن الدعوى إنما تكون على الأب وهو لا يملك إفشاء العقد عليها؛ لأنها ثيب لا يقبل إقراره عليها، انتهى.

أَوْ عَقْدًا مَالِيًّا كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ كَفَى الْإِطْلَاقُ فِي الْأَصَحِّ.

والظاهر أن هذا في العاقلة وحيث لا بينة له بما ادَّعاه.

قال: (**أَوْ عَقْدًا مَالِيًّا كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ كَفَى الْإِطْلَاقُ فِي الْأَصَحِّ**) إذا ادَّعى عقدًا ماليًا كالبيع والصلح والرهن والهبة والإجارة، ففيه ثلاثة أوجه: وقيل: أقوال:

أحدها: إنه لا بد من التفصيل والتعرض للشرائط كالنكاح، ويحكى عن ابن سريج.

وثانيها: إن معلق العقد بجارية وجب التفصيل احتياطًا للبضع وإلا فلا، ومال إلى ترجيحه الماوردي.

أصحّها: لا يجب، وهو المنصوص المشهور؛ لأن القصد المال والعقود المالية، وللعقود المالية أخف حكمًا من عقود النكاح، وكذلك لا يشترط الإشهاد، وإن تعلق بجارية والنكاح بخلافه، فعلى هذا هل يشترط التقييد بالصحة؟ فيه وجهان:

أصحهما: في «الوسيط» نعم، وقضية كلام الرافعي ترجيحه حيث قال: وقوله: ولا بد أن يدّعي بيعًا صحيحًا معلم بالواد، ولكن قضية كلام شريح الروياني: إن هذا الخلاف على قولنا أنه لا بد من التفصيل لا على المذهب، حيث قال في «روضة الحكام»: إذا ادَّعى عقد بيع أو إجارة ونحوهما فهل يحتاج صحة الدعوى إلى ذكر السبب وصفة العقد؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا فعلى هذا لو ادَّعى شراء أمة فهل يحتاج فيها خاصة إلى ذكر السبب والشرائط؟ وجهان، وإذا قلنا: يجب وصف شرائط العقود فيشترط في دعوى البيع من المالك أن يقول: اشتريته من فلان، وباعه مني بكذا، وشاهدنا المبيع وتفرقنا، ويقول: شراءً صحيحًا في أصح القولين، ويشير إلى المبيع، فإن كان غائبًا وصفه وحده، فإن ادَّعى القبض مال تقابضا المبيع من غير منازع، ولا شاغل.

قال: وفي السلم يزيد قبض الثمن في المجلس وقدره في أحد القولين، وصفات المسلم فيه صفة عامة، وإنه حالي أو مؤجل، وإنه مأمول الوجود،

وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي، ....

ويُذْكَرُ مكان في التسليم في أحد القولين، انتهى.

وفي «الحاوي» في تفسيره الدعوى الصحيحة: إنه إذا ادَّعى ابتياع عبده، فإن كان المقصود دعوى العقد فلا بد أن يذكر قدر الثمن، وإن كان المقصود انتزاعه من يده فلا بد أن يذكر أنه ابتاعه منه، ودفع ثمنه ومنعه منه، ولا يلزمه ذكر قدر الثمن. وقضية كلامه أن هذا الأخذ منه على الأوجه الثلاثة، وقد حكاها من بعد وجعلها مفرعة على القول بوجوب ذكر شروط العقد في دعوى النكاح.

قال: (**وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي**) أي: على استحقاق ما ادَّعاه؛ لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة؛ ولأنه كالطعن في الشهود، هذا هو المشهور، ونقله شريح الروياني عن النص، ثم قال: وقال بعض أصحابنا: إذا أقام المدَّعي بينة على الحق الذي يدَّعيه فقال المدعى عليه للحاكم: حلفه أنه يأخذ ذلك متى يحق، فهل يلزمه اليمين؟ وجهان.

ورأيت في «أدب القضاء» للدبيلي عن «البويطي» إنه لو أقام بينة على سلعة أنها له، فإن قالوا في شهادتهم: لا يعلم أنه باع ولا وهب فذاك، وإلا قضيت له شهادتهم الأولى أنها له، فإن أراد المشهود عليه أن يحلفه أنها في ملكه أحلفته، ولا أحلفه أن الشهود شهدوا بالحق إلا أن يدَّعي إن شهدوا بباطل وهو يعلم، فيحلف على ما علمه في الشهود، انتهى.

وفي «روضة الحكام»: إنه لو أقام بينة بأن هذه الدار التي في يد المدَّعى عليه كانت ملكه لا يعلم زوال ملكه عنها.

قال ابن المنذر: قال الشافعي: يحلف مع البينة، فإن شهدت مع هذا بأنه غاصب جاز ولا يمين مع البينة، انتهى.

وأحسبه سبق في باب القضاء على الغائب، وقال أبو عاصم العبادي: إذا قامت البينة على نكر بمال فحكم القاضي بها فقال: أقررت بهذا المال، والمقر له يعلم أنه لم يسلم إلى ذلك المال، فحلفه على تسلم المال لم يحلفه؛ لأن ذلك طعن في الحكم، بخلاف ما قبل الحكم فإنه يحلفه.

فَإِنْ ادَّعَى أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءَ عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا حَلَّفَهُ عَلَى نَفْيِهِ.

قال الهروي: وهذا الفرق بين ما قبل الحكم وما بعده، وإن كان ملجئًا فهو غير معروف، والقياس يقتضي جواز التحليف قبل الحكم وبعده؛ لأن المحكوم له لو أقر بأنه لم يدفع المال في الأصل لزمه رد المال، انتهى.

وهذا هو الظاهر، ولا شك أنه لو طلب التحليف على وفق ما قامت به البينة مطلقًا أنه لا يجاب، أمَّا لو اعترف بصدق البينة ثم أبدى أمرًا لو أعرف به المدَّعي ليرى فقد قالوا في كتاب «الرهن»: إنه لو قامت بينة بإقراره باقباضه الرهن أو الهبة أو بيع ونحوه، ثم قال: لم يكن إقراري عن حقيقة فحلفوه أنه قبضه، أو أتى بغيته مثلًا فأوجه:

أصحها: عند الجمهور وهو المنصوص في صورتي الرهن والهبة: إنه يحلف، قالوا: لا فرق بين أن يبدي عذرًا كنت أقبضه بالقول، وظننته يكفي، أو أخبرت أنه قبض ثم بان في خلافه، أو أشهدت على رسم القبالة في صدور الإقباض، أو صرَّح بكذب نفسه عمدًا ونحو ذلك، أو لم يذكر شيئًا من ذلك؛ لأن ذلك ممكن.

والثاني: الفرق بين أن يبدي عذرًا أو لا، قاله أبو إسحاق وصححه المراوزة.

والثالث: لا يحلف مطلقًا، ولو أقر في مجلس القضاء بعد الدعوى، قال القفال: لا يحلف المرتهن وإن ذكر تأويلًا، وقال غيره: لا فرق لشمول الإمكان، وقال الإمام: إن اتحد المجلس كان كالدابة نفسه، وإن اعتذر في مجلس آخر قبل لإمكان ما.

قال: ولو شهد الشهود على نفس القبض فليس له التحليف بحال، وكذا لو شهدوا بإقراره فقال: ما أقررت.

قال: (**فَإِنْ ادَّعَى أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءَ عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا حَلَّفَهُ عَلَى نَفْيِهِ**) إذا ادَّعى أداءً أو إبراءً في الدين أو بيعًا أو هبة وإقباضًا في العين، فإن ادَّعى ذلك بعد إقامة البينة كما هي صورة الكتاب حلف المدعي على نفي ما يقوله إن

....

مضى، ومن إمكانه، وإلا لم يلتفت إلى قوله، وإن ادَّعى وقوعه قبل أن تشهد به البينة، فإن لم يحكم القاضي بعد حلف المدعي على نفسه، وإن حكم فوجهان:

أحدهما: يحلف أيضًا لاحتمال ما ادَّعاه، وجواز اعتماد الشهود ظاهر الحال.

وأصحهما: في «الروضة» و«الشرح الصغير» المنع لثبوت المال عليه بالقضاء، قال الرافعي في «شرحه الكبير» وذكر في «التهذيب»: إن هذا أصح ولم يرد. واعلم أن إطلاق الكتاب وغيره يوافق الوجه الأول وهو المختار، وربما يأتي ما يؤيده، ولم أر نقل الوجهين هكذا والترجيح إلا في «التهذيب» و«التعليق» للبغوي و«الكافي» تبعًا له.

قلت: وابن الرفعة إن كانت الدعوى بعد القضاء بالبينة نظر، فإن كانت دعوى القبض قال القاضي الحسين: فحق على القاضي ألَّا يصغي إلى قوله؛ لأن القضاء بالبينة الذمة الحق، وإن كانت دعوى البراءة سمعت؛ لأنه ليس في ذلك تكذيب الشهود؛ لأنهم يشهدون على الظاهر.

قال ابن الرفعة: وقياس هذه العلة أن تسمع دعوى القبض أيضًا، انتهى.

ثم رأيت البغوي قال في «الفتاوى»: إذا أقام المدعي بينة فقال الخصم: أبرأني أو أديت ألفين، أو قال: قد باعني أو وهب لي، وأراد تحليفه، فهل يحلف؟ ذكر الأصحاب وعلقته من رَحِمَهُ اللَّهُ: إنه إن كان قبل قضاء القاضي بينة المدعي يحلف المدعي، وإن كان بعد قضاء القاضي فوجهان: الأصح: لا تسمع، ولكن في دعوى العين قولان: الأصح: إنها تسمع.

ورأيت في «مجموع» الشيخ أبي علي: يحلف من غير فصل بين قضاء القاضي أو قبله، والأصح عندي ألَّا يحلف بعد قضاء القاضي، ويحلف قبله في المواضع كلها، انتهى.

وأطلق الدبيلي والفوراني والماوردي وخلائق: إنه إذا ادَّعى على الأداء أو الإبراء وطلب يمينه أحلف له.

وَكَذَا لَوْ ادَّعَى عِلْمَهُ بِفِسْقِ شَاهِدِهِ، أَوْ كَذِبَهُ فِي الْأَصَحِّ.

قال الماوردي: إذا سأل المشهود عليه اختلاف المشهود له أنه ما قبض الدين أو لم يبعه العين، أجيب: لكن يجوز أن يكون المراد بذلك ما قبل الحكم.

ولا خفاء أنه لو قال: أبرأني أو باعني بعد الحكم له، واحتمل صدقه أحلف له قطعًا، وأمَّا إذا أطلق أو استند إلى ما قبل الحكم فيحتمل أن يقال: إنه لا يقبل منه إن وقع ذلك بعد الإعذار إليه لتناقضه، إلا أن يدَّعي النسيان أو الجهل بالإبراء، ثم إنه ذكر وعلم فيحلف له، وأمَّا إذا لم يعد إليه لتواريه أو تعززه.

وقلنا: لا يحلف للحكم عليه، فحضر بعد الحكم أو ادَّعى أداءً أو إبراءً أو بيعًا ونحوه قبل ذلك، وإنما توارى لعذر آخر فيظهر التحليف، كما قدم الغائب فتأمله.

إشارة: قد يورد على قوله: فإن ادَّعى أداء ما سيأتي من أنه لو قال الأجير على الحج: قد حججت، أنه يقبل قوله ولا يلزمه بينة ولا يمين، وفيه نظر.

قال: (**وَكَذَا لَوْ ادَّعَى عِلْمَهُ بِفِسْقِ شَاهِدِهِ أَوْ كَذِبَهُ فِي الْأَصَحِّ**) وهو يعلم ذلك فهل يحلف على نفي العلم به؟ فيه وجهان:

أصحهما: في «الشرح الصغير» و«المحرر» نعم؛ لأنه لو أقر به لبطلت شهادتهم فطردا في كل صورة ادَّعى ما لو أقر به الخصم لشفعة.

والثاني: في صورة الكتاب: لا اكتفاء بظاهر العدالة، وتعديلي المزكين وصححه البغوي في «تهذيبه» و«تعليقه» وتبعه صاحب «الكافي» وبعض البصريين.

قال في «التعليق»: لأنه قد كانت الحجة، فلا معنى للجرح إلا بعد أن وجهه بحجة، كما لو ادَّعى فسق الشهود لا تسمع ولا يحلفون.

قال الرافعي: ويشبه أن يكون الأظهر إجابته ليصدق الخصم فينتفع به، أو ينكل فيحلف، وأيده بقول الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف تحليف المقذوف أنه لم يزل، فإن كان المدعي للقذف وارثه حلف على نفي العلم، وهذه الصورة محكية عن النص، انتهى.

....

قلت: وصورة الكتاب أيضًا في «البويطي» إذ قال: ولا أحلفه أن الشهود شهدوا بحق إلا أن يدعي أن الشهود شهدوا بباطل وهو يعلم فيحلف على ما يعلمه في الشهود، انتهى.

وسنعيد الكلام في الأصل الذي به محل الوجهين ونبين ما فيه إن شاء الله تعالى.

ولو قال المدعي عليه: أبرأني من هذه الدعوى، قال الإصطخري: حلف وزعم الروياني في «التجربة» أنه المذهب وبه جزم الدبيلي؛ لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه برئ، والجواب في «الوجيز» واختاره القفال وغيره المنع.

وحكم الرافعي في «شرحه الصغير» بأنه الأظهر وطرح كلام «التجربة» قال: لأن الإبراء عن نفس الدعوى لا معنى له إلا بتصور صلح على الإنكار وأنه باطل، وفي «البسيط» أن ما قاله الإصطخري فاسد إذ لا معنى للإبراء عن الدعوى.

واعلم أن الأصل المشار إليه وهو أن من ادَّعى ما ليس في نفسه حقًّا له، ولكن ينفعه في اندفاع المدعي عنه لا تكاد تنضبط صورة، والترجيح في بعض صور مخالف لبعض، وادَّعى الغزالي وغيره هنا أنه لا يحلف الشاهد ولا القاضي بلا خلاف، وقال في «الروضة»: قطعًا، وليس كذلك بل فيهما خلاف بيناه في «أدب القضاء».

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: إنه لو أقام عليه بينة فأقام المدَّعى عليه بينة أنه أقر قبل شهادتهما بفسقهما، فإن كان بين قوله وبين شهادتهما زمن يسير يطلب الشهادة؛ لأنه لا يحتمل حسن الحال.

ولو أقام بينة بأنه قال: إنهما شربا الخمر نظر، إن قال الشهود: إن المدَّعي قال: إنهما شربا الخمر يوم كذا، وكان ذلك قبل شهادتهما بزمن يسير يطلب شهادتهما، وإن كان بزمان يحتمل حسن الحال فيه لم تبطل شهادتهما.

وإن أقام بينة على إقراره مطلقًا أنهما شربا الخمر فقال المدَّعي: نعم، قد كان ذلك قبل أداء هذه الشهادة بخمس سنين مثلًا، فالقول قوله ولا يحلف

وَإِذَا اسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِدَافِعٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

بهذه الدعوى، وهذا ما رجحه البغوي، ويستفاد من كلامه أنَّا إذا قلنا: يحلف أنه لا بد أن يقول: لا أعلم فسقهما حالة الأداء ولا قبله بزمن، لا يتسع لصلاح الحال.

فلو قال: علمته من سنين متقادمة صدق بيمينه ولا تبطل شهادتهما، وسبق في كتاب «الشهادات» كلامٌ شافيٌ في الاكتفاء بمضي مدة الاستبراء من غير مراعاة وإشراف على حال الشاهد يتعين الوقوف عليه.

قال: **(وَإِذَا اسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِدَافِعٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّام)** إذا قامت البينة عليه فادَّعى أن المدَّعي باع منه المدَّعى، أو باعه من بائعه، أو ادَّعى أنه أبرأه عن الدين، وأن له بينة بذلك واستمهل ليأتي بها أمهل ثلاثة أيام؛ لأنها قرينة لا يعظم الضرر فيها، وقد اعتبرها الشرع فيما لا يحصى.

قال الرافعي: وعن القاضي الحسين وجه أنه لا يمهل أكثر من يوم واحد؛ لأنه يشبه أن يكون متعينًا مدافعًا، ويشبه أن يقال: يرجع في ذلك إلى نظر القاضي واجتهاده، وتختلف الحال باختلاف الخصوم لرد أو التواء، وغير ذلك مما يدل عليه قرائن الأحوال والأقوال.

وقال ابن الصلاح إثر قول «الوسيط»: إذا قامت عليه البينة فقال: أمهلوني، فإن لي بينة دافعة حتى أحضرها، قال الأصحاب: يمهل ثلاثة أيام، وقال القاضي: بل يومًا واحدًا؛ لأنه يشبه أن يكون متعنتًا، هكذا نقله في «النهاية» عن القاضي مخصوصًا بما إذا قال: حلفني مرة فأمهلوني حتى أقيم البينة على ذلك، وهذا هو اللائق بكلام القاضي وتعليله، انتهى.

وهذا منه يقتضي أن القاضي لم يقل ذلك في كل مهلة، كما اقتضاه كلام الغزالي والرافعي، وهو صحيح لما سيأتي عنه.

ورأيت في باب الامتناع من اليمين من «النهاية»: إن في كلام القاضي ما يدل على أن المدَّعى عليه إذا ادَّعى إبراء عن الحق أو إيفاء فهو مطالب بالحق فقال له: أد ما لزمك، ثم استفتح دعواك، وهذا لا أعرف له وجهًا،

....

والأصحاب يجرون على خلافه، وكيف يطالب المدَّعى عليه بإيفاء الحق ودعواه مسموعة في الإيفاء، وفصلها ممكن في الحال بتحليف المدَّعي؟ نعم، لو ادَّعى الإبراء وقال: لي بينة فأمهلوني في إقامتها أيامًا فلا الآن، ونقول: أد ما ثبت عليك أو أقنع بتحليف صاحبك على نفي الإبراء، ثم أد وإن كان بينة فأقمها ونحن نتبع الحكم، وله إن صدق أن بصائر الحبس أيامًا معدودة ليحضر بينته، وهذه المسألة الآن تناظر مسألة وكيل الغائب في الحكم، انتهى.

وفي «البسيط»: إن كافة الأصحاب على خلاف ما دل عليه كلام القاضي؛ إذ فصله بالتحليف في الحال ممكن، نعم لو قال: أمهلوني فلي بينة فيحتمل ألَّا يمهل؛ لأن فصل الخصومة في الحال غير ممكن، انتهى.

زاد ابن أبي الدم: ولو كان المدَّعى عينًا فادَّعى بيعها منه أو هبته فكذبه المدَّعي، فأراد المدَّعى عليه إقامة البينة على ذلك، فعلى طريقة القاضي: تنتزع العين من يده وتسلم للمدَّعي، ثم قال: أثبت ما ادَّعيته واستردها.

وعن الصيدلاني وغيره: إن بينته إن كانت حاضرة لم تزل يده، فإن استحقاق المدَّعي في الحال لا يتحقق، نعم لو كانت غائبة فقال: لا تزيلوا يدي وأمهلوني ثلاثة أيام لأقيم بينة على الشراء، قال الإمام: لا يمهله بلا خلاف، وهكذا في دعوى الإبراء بالدين، انتهى.

وكان الإمام ذكره في موضع آخر، وقال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: ولو استمهل المدَّعى عليه لينظر في الجناب فقد ذكرنا أنه لا يمهل، وإن قال: لأقيم البينة، قيل له: على ماذا تقيم البينة؟ فإن قال: على الأداء أو الإبراء، يقال له: أقررت بالحق فأخرج منه، ثم ادَّعى عليه الأداء أو الإبراء، انتهى.

وهذا جزم منه بما دلّ عليه كلام القاضي الحسين.

وفي «تعليق» البغوي قبيل باب النكول: إنه لو ادَّعى الإبراء فالقول قول المدَّعي بأنه ما أبرأه، ولو قال: لي بينة على الإبراء، فإنه يجز في الحال على أداء المال، ثم إن أقام بينة بعد ذلك يسترد، انتهى.

....

ولا أحسب القاضي الحسين يقول: إنه يزهق إلى الأداء ولا يجاب إلى تحليفه في الحال لو طلبه، كما أفهمه كلام الإمام وغيره، بل مراده ما إذا طلب التأخير ليقيم البينة، كما قاله المروزي، ثم رأيت الإمام قاله في أوائل الدعوى والبينات: إنه لو ادَّعى على رجل ألف درهم فقال: قد أبرأني من هذه الألف، فدعوى الإبراء إقرار بأصل الحق، فلو أراد تحليف المدَّعي على نفي البراءة فلا شك أن له ذلك، ولكن لو قال المدَّعي: قد أقررت بحقي فأده أو سلمه إليّ ثم ادع بما شئت، فقال المدَّعى عليه: لا تستحق قبض شيء ما لم يحلف على نفي البراءة، فالذي قاله الأصحاب: إنه لا يملك المطالبة بتوفيه الحق ما لم يحلف على نفي الإبراء.

وقال القاضي: له أن يلزمه بالمال وذكر ما سبق، ثم قال في دعوى العين: لو أراد المدَّعى عليه أن يقيم بينة أنه اشتراها من المدَّعي، فعند القاضي ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ للمدَّعي أن يقول: أزل يدك ورد الدار إليّ، ثم ادَّعي الشراء وأثبته.

وعند الصيدلاني وغيره: إذا حضرت البينة لم تزل يده فعلى هذا لو قال: لا تزيلوا يدي وأمهلوني ثلاثة أيام لأقيم البينة على الشراء لا نمهله بلا خلاف إذا أقام المدَّعي بينة على الملك المطلق، انتهى.

قال القاضي في كتاب «الكتابة»: إنه لو ادَّعى الأداء وأن له بينة غائبة، أنظر بها يومًا ويومين وأكثره ثلاثة أيام، فإن أحضرها فذاك، وإذا أحضر في الثلاثة شاهدًا واحدًا واستنظر بالثاني انظر به ثلاثة أيام مستقلة، ولو أحضر في الثلاثة شاهدين ولم يثبت عدالتهما انظر بها ثلاثًا؛ لأنه استنظار لبينة في شهادة أخرى، انتهى.

والظاهر طرد ما ذكره هنا في سائر صور الإمهال.

فَرْعٌ: إذا قال: قضت أبرأني فذاك، وإن أطلق وقال: لي بينة عادلة، قال الرافعي: فيشبه ألَّا يستفسر؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعًا إلا أن يعرف فقهه ومعرفته.

وَلَوْ ادَّعَى رِقَّ بَالِغٍ ....

قلت: صرَّح المروزي باستفساره بقوله: وإن قال: لأقيم البينة، قيل له: على ماذا تقيم البينة؟

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: لو أقام بينة بدين أو عين فطلب القضاء، فقال الخصم: لي دفع القضاء، يسأله القاضي عن بيان الدفع إذ يحتمل أن ما يدَّعيه لا يكون دفعًا، قال الرافعي: وإذا عين جهة ولم يأت بالبينة عليها، وادَّعى عند انقضاء مدة المهلة جهة أخرى واستمهل فما ينبغي أن يجاب، وإن ادَّعى في المدة أو آخرها جهة أخرى وأقام البينة عليها؛ وجب أن تسمع، انتهى.

وجزم في «أصل الروضة» باستفساره، وبه أجاب القفال في «الفتاوى» وهو ظاهر، وقد يقال بتوقف ذلك على طلب الخصم الفقيه دون الجاهل، وحذفت «الروضة» قوله: أو في آخرها اكتفاء بقوله: في المدة.

فَرْعٌ: قال الدارمي في باب الامتناع من اليمين: إذا قام قبل دعواه بينة فأقام المدَّعى عليه شاهدًا أنه أقر ببطلان البينة أو أبرأه حلف وبرئ، وإذا ادَّعى شيئًا فأنكره لم يحلف إلا ما لهذا حق بمال ولا غيره بوجه من الوجوه؛ لأنه قد يملكها ثم يخرج، وهل يسمي خصمه أم تكفي الإشارة؟ على وجهين، فإن أجاب الدعوى بأنني اشتريتها منه ونحو هذا لم تسمع حتى يقول: وأنا أملكها إلى الآن، وكذلك في كل حق، انتهى.

والظاهر من الوجهين: إنه لا يحتاج مع الإشارة إلى تسمية الخصم.

فَرْعٌ: في يده دار فقال: هذه داري، فقال: نعم، هي دارك يعتد بها، وأقام على الشراء بينة لم يقبل؛ لأنه أقر للمدَّعي في الحال، وقيل: يقبل إذا وصل كلامه به؛ لأن العادة جرت بأن يقال: هذه دار فلان اشتريتها منه، أي: كانت داره، وكذا لو قال: دار فلان ملكي، هل تقبل دعواه؟ وجهان.

وكذا لو قال: أشهد أن دار فلان هذا لفلان، ذكره في «روضة الحكام» ويحتمل أن يفرق بين المشهودة لفلان وغيرها إذ يراد في الأولى التعريف.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى رِقَّ بَالِغٍ**) أي: مجهول النسب.

فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، أَوْ رِقَّ صَغِيرٍ لَيْسَ فِي يَدِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، أَوْ فِي يَدِهِ حُكِمَ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ اسْتِنَادَهَا إِلَى الْتِقَاطٍ.

(فَقَال: أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) أي: عملًا بالأصل وعلى المدَّعي البينة، ولا فرق بين أن يكون إنكاره مسبوقًا باستخدام المدَّعي وتسلطه عليه أو لا يكون، ولا بين أن تداوله الأيدي، ويجري عليه البيع والشراء مرارًا، وبين أن يكون كذلك، فإن كان قد اشتراه من غيره وحذف على نفي الرق فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن؟ سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وإن قال البالغ العاقل لمن هو في يده: قد أعتقني، أو أعتقني من باعني منك طولب بالبينة، هذا ما أورده الرافعي وغيره.

وفي «روضة الحكام»: وإن كان في يده بالغ عاقل فادَّعى رقه فكذبه وقال: أنا حر، فالقول قوله، وقال بعض أصحابنا: المذهب أن القول قول صاحب اليد؛ لأن الشافعي قال: ولو أقر السيد بعبده لرجل وأقر العبد لغيره، فالقول قول السيد، وعندي أن الفرق بينهما أن هناك العبد قد اعترف بالرق، وأنه قال: ثبت عليه اليد، واليد عليه للسيد، فلا ينتقل بدعواه وإذا أنكر الرق فلم يعترف بثبوت اليد عليه والأصل الحرية، انتهى.

وسيأتي عن «فتاوى» البغوي: إن القول قول ذي اليد في أن البالغ عنده عند طول مدة الاستخدام والتصرف كالصغير والغفار، قال: وبل أولى، وفيه نظر يأتي بيانه.

فَرْعٌ: أقام المدَّعي بينة برقه وأقام هو بينة أنه حر، أطلق البغوي وغيره: إن بينة الرق أولى؛ لأن عندها زيادة علم وهذا إثبات الرق، وحكى الهروي عن الأصحاب: إن بينة الحرية أولى خلافًا للشيخ أبي حامد، وكذا قال شريح في «روضته».

قال: **(أَوْ رِقَّ صَغِيرٍ لَيْسَ فِي يَدِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)** أي: لأن الأصل عدم الملك، والظاهر: إن المجنون البالغ كالصغير.

قال: **(أَوْ فِي يَدِهِ حُكِمَ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ اسْتِنَادَهَا إِلَى الْتِقَاطٍ)** كما لو

فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ فَإِنْكَارُهُ لَغْوٌ، وَقِيلَ كَبَالِغٍ.

ادَّعى الملك في دابة أو ثوب بيده.

وحكى الدارمي وجهًا: ألَّا تقبل دعواه حتى يكشف سببه كاللقيط يدَّعي رقه، وهذا وإن استغرب فهو قوي، ويحتمل أن يجب استفساره غير الفقيه؛ لأنه قد يعتقد ما ليس بسيد للملك سببًا فيدَّعي، وهذا متعين عندي، ويفرق بين الآدمي والدابة ونحوها، الاحتياط للأنساب والأبضاع، وكان الأصل في الآدميين الحرية.

قال: **(فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ فَإِنْكَارُهُ لَغْوٌ)** أي: لغير المميز؛ إذ لا عبرة بقولهما والمراهق، وبه عبر كثيرون كالمميز.

قال: **(وَقِيلَ كَبَالِغٍ)** لأنه يعرب عن نفسه كالبالغ، وله كلام معبر بخلاف الطفل.

تنبيهات:

ورد منها: إذا عرف استناد يده على الصبي إلى الالتقاط لم يصدق أنه ملكه على الأظهر كما تقدم بزيادة كلام، قال في «الذخائر» هنا: فإن أقام الملتقط بينة له باليد لم يقبل؛ لأنَّا عرفنا سببها، وإن أقامها باليد غيره فوجهان: أحدهما: تسمع كالمال، والثاني: المنع؛ لأن ثبوت اليد عليه لا يدل على الملك، ولو شهدت البينة للملتقط بالملك سمعت، لكن لا تقبل ما لم يتبين سبب الملك؛ لجواز أنها اعتمدت يد الملتقط ولا أثر لها، وفي قول: إنها تسمع، انتهى.

ومنها: في «فتاوى» البغوي: امرأة لها ولد أقاما ببلد مدة على حكم الأحرار، يقول: هذا ولدي، ويقول هو: هذه أمي، ثم ادَّعى مدع رقها، فقالت: كنت مملوكته فأعتقني، وأنكر الولد وقال: أنا حر الأصل ولست بابن لها، حكم برقها دونه.

قلت: ويشبه أن قوله: ولست بابن لها غير محتاج إليه، وأنه لو اشترى جارية وولدًا فبلغ الولد وقال: أنا حر الأصل، يقبل قوله، انتهى.

....

ومنها: إذا أجرينا على قول المدَّعي، ثم بلغ الصغير وأنكر الرق لم يقبل منه على الصحيح عند الجمهور، خلافًا لترجيح الإمام والغزالي تصديقه وإخباره ينتفي، وهو قول الشيخ أبي حامد، نعم إن قامت بينة لحريته سمعت وفاقًا وحكم لحريته.

قال الرافعي: ولا فرق بين أن يدَّعي في الصغير ملكه ويستخدمه ثم يبلغ وينكر، وبين أن يتجرد للاستخدام والاستئجار لا البلوغ، ثم يدَّعي ملكه وينكر المستخدم في جريان الوجهين، كذا ذكره الروياني وغيره.

قلت: وقال شريح الروياني: فإن بلغ الصبي بعدما ادَّعى رقه وادَّعى الحرية، قال أصحابنا: لا يسمع قوله بنفاذ الحكم برقه، وفيه وجه: إن القول قوله بيمينه وعلى ذي اليد البينة ولو شاهدوا أمرًا كان أو عينًا، وهل تحتاج البينة إلى بيان كشف السبب؟ وجهان، واختار الثقفي سماع إنكاره وهو قول الشيخ أبي حامد، والأول أصح، وإذا قلنا: لا يقبل إنكاره، فلو كان الصغير في يده ولم يدع رقه فبلغ ثم ادَّعى رقه فأنكره، قال أصحابنا: لا يسمع إنكاره؛ لأنه قد عرف ثبوت يده عليه واليد ظاهرها الملك، وقال بعض أصحابنا: يقبل إنكاره وعلى مدَّعي رقه البينة، وحكم المجنون كالصبي، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه: أعدلها ثالثها، ومقتضى كلام الماوردي ترجيحه حيث جزم بأنه لو ادَّعى رقه لصغره ثم بلغ فكذبه أنه لا تقبل منه إلا ببينة تشهد له بالحرية وله إحلاف سيده، قال: ولو لم يدع في الحال رقه حتى بلغ ثم ادَّعى رقه فوجهان: وجه المنع بأن دعواه لـمَّا تأخرت عن الصغر جازت مستأنفة عليه بعد الكبر، ودعواه بعد الكبر لا تقبل إلا ببينة، قال: وهذا أظهر الوجهين عندي، انتهى.

وممن صححه الإمام وفي «الذخائر»: وقال الخراسانيون: إن كان التصرف مما يستدعي ثبوت الملك كان كدعواه الملك في صغره، وإن كان تصرفًا لا يستدعي ولا ادَّعاه في صغره ففيه طريقان، انتهى.

....

وقد يُخرِّج من هذا وجهًا رابعًا، وروى الإمام طريقة قاطعة بقبول قول الصبي بعد البلوغ، وقال: إنها متجهة، فحصل في الصدق طرق: **ثالثها**: إجراء الوجهين.

ومنها: قال الرافعي: واليد على البالغ المسترق وإن لم يغن عن البينة عند إنكاره فهي غير ساقطة العبرة بالكلية، بل يجوز الاعتماد عليها في الشراء إن سكت المسترق اكتفاء بالظاهر؛ لأن الحر لا يسترق، وعن الشيخ أبي محمد: إنه كما لا يجوز شراؤه مع إنكاره الرق لا يجوز شراؤه مع سكوته، بل يسأل، فإن أقر اشتري، انتهى.

ونقله في «البسيط» عن اختيار بعض الأصحاب، وأن إليه كان يميل الشيخ أبو محمد في الفتوى، ولم يشر ولا إمامه إلى ضعف ما أفتى به أبو محمد بخلاف الرافعي، والمختار في زمانه ما أفتى، فإن أكثر من يجلب فيه يدَّعي رقه أحرار لم يجز عليهم سبب يقتضي استرقاقهم لا سيما الأتراك، وأكثر من يجلب ويدَّعي رقه لا يعقل بعجمته وسكوته لاشترط رقه لذي اليد، بل أكثر الترك وغيرهم يجهلون أن الاستيلاء على الحر المسلم لا يقتضي رقه، ويعترفون لذي اليد بالرق، لا جرم قال الشيخ أبو محمد في «التبصرة»: أصول الكتاب والسنة والإجماع متطابقة على تحريم وطء السراري اللاتي يجلسن اليوم من الروم والهند والترك إلا أن ينصب الإمام في المغانم من يحسن قسمتها، فيقسم من غير حيف وظلم، إلى أن قال: فلا بد من تمام قسمة لتحليل الفروج وصحة البيع على رقاب المماليك.

وقال شيخه القفال في «الفتاوى»: إذا اشترى اليوم جارية لا يحل له وطؤها؛ لأن هؤلاء الأمراء لا يخمسون، وأكثرهم لا يعطي حق الغانمين، فعلى هذا لا يجوز شراء الجواري والعبيد لما ذكرنا إلا أن نوعًا منهم يجوز شراؤه، وهو ما سبى الكفار بعضهم من بعض ثم يبيعونه من المسلمين، فإنه يصح إذ لا خمس عليهم، انتهى.

وقد أوضحت المسألة في موضع آخر لعموم البلوى بها، وأقل ما فيها

وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ].

استنطاق من يبتاع قبل الشراء، فإن أقر بالرق فذاك على ما فيه وإلا فلا يشتري ولا غيره بالسكوت، ولا سيما من الأبكم والأعجمي الذي لا يعقل ويظهر أَلَّا يجوز وطء الأمة المشتراة اعتمادًا على سكوتها عند الابتياع، وإنه لا يجوز الإقدام على الشراء إلا بعد الاعتراف الصريح بالرق والورع يقتضي البحث والاستفسار عن سببه، ووددت لو وجب ذلك.

قال: **(وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ)** لأنه يتعلق بها التزام في الحال.

والثاني: تسمع لتثبت في الحال ويطالب به في الاستقبال؛ إذ قد يموت المدين فيعجل الطلبة.

والثالث: إن كانت له بينة تسمع دعواه ليسجل قياس غيبتها ومؤنها، وإن لم يكن له بينة فلا، هكذا أوردها الرافعي وغيره.

وذكرت في «الغنية» هنا عن «الحاوي» تفصيلًا وبحثًا لابن أبي الدم، ولم يعرف بالمراجعة طرحته لطوله.

فروع وتتمات منثورة:

أحدها: لم يطرح الرافعي في «المحرر» و«شرحه الصغير» ترجيحًا، وإنما قال: أصح المنع، وذكر في «الكبير»: إنه الجواب في «فتاوى» القفال، وذكر الهروي: إنه الأصح، وجزم في متن «الروضة»: بأنه الأصح، وبه جزم الماوردي وعزاه في «البسيط» و«الوسيط» في كتاب «التدبير» إلى نصِّ الشافعي، والأصح عند أكثر الأصحاب: سماع الدعوى لعرض التسجيل عند خوف موت الشهود أو طول غيبتهم، وهو يضارع ما تقدم من الشهادة على الشهادة عند فوت الحق.

ثانيها: لو اعترف بإعسار إنسان وأراد أن يدَّعي عليه دينًا ليثبته على موقع مطالبته إذا أيسر ففي سماع الدعوى عليه خلاف مرتب على الدعوى بالدين المؤجل، وهذه أولى بالمنع؛ لأن زوال الإعسار لا منتهى له بضبط.

....

ثالثها: الدعوى على العبد بدين معاملة ثابت في ذمته هل تسمع فيه خلاف مرتب على المعسر؟ وأولى بعدم السماع ذكره الإمام وما قبله في آخر «التفليس». قال: وقد اشتمل كلامنا على ثلاث مراتب:

الأولى: في الدين المؤجل.

والثانية: في الدعوى على المعسر مع الاعتراف بإعساره.

والثالثة: وهي أبعدها، وأولاها بالرد الدعوى على دين يتعلق بذمته على إثبات العتق وزوال الرق.

رابعها: قال الرافعي هنا: من ادَّعى عليه بدين مؤجل قبل المحل فله أن يقول في الجواب: لا يلزمني دفع شيء إليك الآن ويحلف عليه، وهل له أن يقول: لا شيء لي مطلقًا؟ عن القفال فيه وجهان مبنيان على الوجهين في أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب؟ انتهى.

وكنت أستشكل قوله: فله أن يقول كذا، وأقول: كيف يقنع بهذا الجواب المجمل والحلف عليه، وقد يظن ما ليس بتأجيل تأجيلًا، وقياسه أن يقنع من المعسر بهذا الجواب والحلف عليه وهو مار بلا شك، ويكون ذلك مريحًا له من دعوى الإعسار وإقامة البينة به، حيث لا بينة عليه بالدين، وقد يعجز عن بينة الإعسار، وكنت أقول: إذا قبلنا قول المديون في الأجل إذا وصله بإقراره كما هو المذهب فلا معنى لقبول هذا الجواب منه، وإن لم يقبله ففيه احتمال للحاجة.

ثم رأيت الإمام ذكر في آخر «التفليس» تفريعًا على منع الدعوى بالدين المؤجل: إن على من يدَّعي الدين الحال أن يصرِّح بذكر الحلول، أو يقول لي: عليك ألف يلزمك تسليمه إليّ، فإن قال ذلك وكان الدين مؤجلًا للمدَّعى عليه أن يقول: لا يلزمني تسليم ما ادعيته إليك، قال: وكشف القول في هذا يستدعي مزيد بيان مأخوذ من الاختلاف في مسألة وهي: إن الرجل إذا أقر بألف مؤجل فهل يقبل قوله في الأجل أم يؤاخذه بالألف حالًا؟ والقول قول المقر له في نفي الأجل بيمينه فيه قولان، فإن قلنا: لا يقبل قوله في الأجل لو أقر بالدين المؤجل

....

فيكتفي منه، والحالة هذه أن يقول: لا يلزمني التسليم ويحلف عليه، وإن قلنا: قوله فورًا ذلك نظر يجب التثبت فيه وهو إنَّا إذا فرعنا على أنه لا يؤاخذ حالًا فلو قال المقر له: احلفوا لي أحلف على نفي الأجل، قلنا: لا يكتفي منك بهذا، فإنَّا نفرع على أنه غير مؤاخذ بالألف فلا يلزمه إلا ما اعترف به وهو دين مؤجل، فإذا ثبت هذا عدنا إلى عرضنا قائلين: إن حكمنا بأنه يؤاخذ بألف حالًا وغاية مضطربة أن يحلف المقر له، فعلى هذا يكفيه في جواب الدعوى لا يلزمني تسليم ما ادَّعيته ولا يحلف إلا على هذا الوجه، وإن قلنا: لو أقر بالدين مؤجلًا لم يؤاخذ بألف فهل يقنع منه بأن يقول: لا يلزمني تسليمه؟ فعلى وجهين:

أحدهما: نعم، فإن مقصود الدعوى مطالبة المدَّعى عليه، فإذا أنكر وجوب التوفية وحلف عليه فقد تعرض لمصادرة مقصود الدعوى، ومن أصحابنا من قال: عليه أن يبوح، فإن لم يكن أصل الدين فليصرَّح بنفيه، وإن كان الدين ولكنه مؤجل فليقر به مؤجلًا، انتهى.

وهذا هو المختار لما ذكرناه، وقد يأتي ما يقصده إن شاء الله تعالى.

خامسها: في «فتاوى» ابن الصلاح: ادَّعى عليه عند حاكم بأنه أبرأه من دين مبلغه كذا في تاريخ كذا، فأجاب: إني لا أستحق عليه شيئًا، فأراد المدَّعي أن يقيم بينة على امرأة، قال: ينظر إن كان له غرض في إثبات البراءة مع اعتراف خصمه بألَّا يستحق عليه شيئًا، فسمع دعواه وبينته عند من أجاز سماع هذا العرض التسجيل، انتهى.

سادسها: قال الرافعي متصلًا بما سبق عنه وعن القفال: إن من أقيم عليه البينة بألف فقال: عليّ ألف لكنه مؤجل، فحلَّفوه أنه يعجل، فقد سقط أثر الشهادة، وهذا شخص أقر لغيره بدين مؤجل، ففي قبول قوله في الأصل قولان: إن قلنا: فله تحليف المدَّعي على نفي الأصل هكذا وقع في كتاب الرافعي على كثرة نسخه وفيه خلل، وصوابه أن يقال: إن قبلناه، فالقول قوله فيه مع يمينه وإلا فله تحليف المدَّعي على نفي الأجل، وذكر الدبيلي: إنه لو ادّعى عليه ألفًا فقال له: عليّ ألف مؤجل إلى سنة فقولان، فأمَّا إذ أقام البينة

....

عليه بألف درهم، فقال: صدقوا وهي مؤجلة لم تسمع منه بلا خلاف ما قامت به البينة، انتهى.

ونقل ابن الرفعة كلام القفال في كتاب «الإقرار» وقال البندنيجي والقاضي أبو الطيب: إنه لا يقبل قوله في الأجل قولًا واحدًا كما لو قامت بينة بعشرة دراهم، فقال: إلا درهم على ما قاله القفال يظهر أن يجيء في المسألة ما ذكرناه عند الكلام فيما إذا شهد عليه بحد لله تعالى، فأقر ثم رجع عنه، انتهى.

قلت: وقبل وقوفي على كلامه، أمَّا ما ذكره الدبيلي والقفال: إنه يلتفت على ما سلف من أنه إذا قامت عليه بينة بالزنا أو غيره، ثم أقبل يستند الحكم إلى البينة أو إلى الإقرار إليهما فيه أوجه، وكلام الدبيلي يخرج على الأول واختاره الماوردي، وربما أفهمه كلام الرافعي، وعلى الثاني يخرج كلام القفال، والله أعلم.

سابعها: في دعوى الأمة الاستيلاد أو التدبير أو تعليق العتق بصفة، طريقان:

أصحهما: القطع بالسماع، وعليها اقتصر المصنف في كتاب «التدبير» وفي «زوائد الروضة»: إنها المذهب.

والثاني: إن فيها الخلاف في دعوى الدين المؤجل؛ لأن المقصود منها العتق في المستقبل والاستيلاد أولاها بالسماع؛ لتنجز أثاره من امتناع البيع والهبة والرهن وغيرها.

قال الإمام هناك: ولا خلاف في سماع الدعوى بالاستيلاد عند العرض على البيع وصول شهادة الحسبة فيه، والخلاف في سماع دعوى التجبير وتعليق العتق بالصفة يفرع على أنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، فإن جوَّزناه فإنكار السيد رجوع مبطل مقصود الدعوى، كذا قاله الرافعي، والإمام أبداه احتمالًا لنفسه.

وعبارة «البسيط»: ودعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق بصفة مسموعة، وقيل: على وجهين، وهذا في الاستيلاد في غاية الفساد، فإنه

قال المصنف: [فَصْلٌ] أَصَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى السُّكُوتِ عَنْ جَوَابِ الدَّعْوَى جُعِلَ كَمُنْكِرٍ نَاكِلٍ، ....

يقتضي في الحال منعًا من البيع والرهن، وفي التدبير إن جوَّزنا الرجوع فيتجه أن يجعل الإنكار رجوعًا فتبطل الدعوى، فتنتبه لهذه الدقيقة.

فصل يشتمل على فروع مبددة نختم بها الباب ـ إن شاء الله تعالى ـ ويكون أول الجزء والذي يليه فصل على ما تيسر للكاتب الوقوف في هذا الموضع، والله المستعان، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

أَصَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى السُّكُوتِ عَنْ جَوَابِ الدَّعْوَى) أي: الصحيحة التامة.

(جُعِلَ كَمُنْكِرٍ نَاكِلٍ) لأن جواب المدعي عليه إقرار أو إنكار، فإذا سكت وأصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل عن اليمين كما سيأتي بيانه؛ فترد اليمين على المدعي، أما لو سكت عن عي وحصر؛ فإن أصر بعد ذلك فناكل، والكلام في الإقرار، وصيغه تقدم في بابه، وقوله: لي عن دعواك فخرج ليس بإقرار الاحتمال الخروج بالإنكار، وقوله: لفلان عليَّ أكثر مما لك ليس بإقرار لواحد منهما، قال الهروي: وكذا لو قال: لك عليَّ أكثر مما ادعيت؛ لاحتمال أن يريد لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت، ولو قال: لفلان عليَّ مال أكثر مما ادعيت فهو إقرار لفلان إلا أنه يقبل تفسيره بما دونه في القدر، ولو قال: الحق أحق أن يؤدى فليس بإقرار، والمعنى حيث يكون فأما أنا فبريء، كذا عبارة «الروضة» وعبارة «أصلها»: الحق حق أن يؤدى والكل صحيح، ولو قال: لا أقر ولا أنكر فوجهان تقدما.

وفي «فتاوى» البغوي هنا: ادعى عليه ألفًا صَالَحَنِي فقال: قد صالحت منها على خمسمائة، ووفيت مني خمسمائة، ولي بينة فعجز عن إقامتها، قال: لا يكون هذا اللفظ إقرارًا منه؛ لأنه لم يقر أنه يلزمه، وقد يصالح على الإنكار؛ ولذلك لو

فَإِنْ ادَّعَى عَشَرَةً فَقَالَ لَا تَلْزَمُنِي الْعَشَرَةُ وَلَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ وَلَا بَعْضُهَا، وَكَذَا يَحْلِفُ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشَرَةِ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَنَاكِلٌ فَيَحْلِفُ الْمُدَّعِي عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونَ الْعَشَرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ.

أقام البينة على وفوق قوله: لا يحكم بالباقي، انتهى، وفيه نظر للمتأمل وسنذكر في آخر الفصل إن شاء الله تعالى فروعًا مفيدة من الإقرار بعد الدعوى.

تنبيهات: [...][١] أصلًا، فإن كان بصيرًا يفهم الإشارة البقية، وكالأخرس المبهم وإلا فيمكن لا يفهم، وإن كان أعمى فكطفل، نعم لو كان البصير أو الأخرس الذي لا يفهم كاتبًا فيشبه أن يقول: كتابته دعوى وجوابًا بالعبارة الناطق.

وقال ابن الرفعة إثر قول «التنبيه»: وإن سكت المدعي عليه، أي: ولا صمم به، ولا خرس، قال له الحاكم: إن أجبت عن دعواه وإلا جعلتك ناكلًا تنبيهًا له على الحكم، ثم قال: قال الإمام: وإذا سكت، ولم يجب المدعي، قال له: أجب فليس بك بكم ولا صمم، فإن تمادى على سكوته جعل ذلك إنكارًا في حكم اليمين، ثم يعرض اليمين ويجعل التمادي على السكوت نكولًا عن اليمين إذا لم يظهر عنده سبب سكت، وهذا معنى قول الغزالي: أما السكوت فقريب من الإنكار، وأما الأصم والأخرس إذا كان له إشارة مفهومة فهو كالباطن، وإن لم تكن قال في «الحاوي»: إنه كالغائب فيجري عليه حكم الغائب، انتهى، وسيأتي في هذا زيادات إن شاء الله تعالى عند الكلام في النكول.

قال: (**فَإِنْ ادَّعَى عَشَرَةً فَقَال: لَا تَلْزَمُنِي الْعَشَرَةُ، وَلَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ: وَلَا بَعْضُهَا، وَكَذَا يَحْلِفُ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشَرَةِ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَنَاكِلٌ فَيَحْلِفُ الْمُدَّعِي عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونَ الْعَشَرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ**) إذا ادعى عليه عشرة دراهم أو دنانير مثلًا، فقال: لا يلزمني لم يكن ذلك جوابًا تامًا، وإنما الجواب التام أن يضيف إليه ولا شيء منها أو لا بعضها، وهكذا يحلف إذا حلف؛ لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها فلا بد أن يطابق الإنكار واليمين دعواه.

قال الرافعي عن القاضي الحسين: إنه لا يكلف في الإنكار وأن يقول:

---

(١) بياض في الأصل.

....

ولا شيء منها، وإنما يكلف ذلك في اليمين وتبعه على ذلك البغوي.

وقال الإمام بعد نقله عنه ذلك: وما ذكره من التحليف مستقيم، وما ذكره أولًا من الاكتفاء بإنكاره عشرة [دراهم] أنه لا يلزمه العشرة [دراهم] مقتصرًا عليه، إما أن نقر بالحق أو يحلف المدعي بعد نكولك، انتهى.

وكذا قال إبراهيم المروزي وغيره.

وقال القاضي الحسين في «التعليق»: لو شرع المدعي في اليمين فقال المدعى عليه: لا تحلفه فأنا أدفع المدعى به إليه، فله أن يكمل اليمين حتى يأخذه على وجه الاستحقاق لا على وجه التبرع، انتهى.

فأفاد أنه لو صرح بالتبرع لم يمنع منه به، وهو ظاهر، قال إبراهيم المروزي: ولو قال المدعى عليه: لا يحلفه، قال: لي بينة على الاستيفاء وهو عيب لم يلتفت إليه، بل يحلفه ويأخذ المال منه، ويقول له: هذا إقرار منك فسلم الحق إليه، فإذا ظفرت بالبينة أقمها واسترد المال منه، انتهى.

فَرْعٌ: ذكر شريح في باب تفريق الدعوى والأيمان أنه لو ادعى عشرة فأنكرها فأراد تحليفه على خمسة منها فوجهان:

وجه المنع: الدعوى تناولت الجميع وتفريقها يؤدي إلى التمادي وتكثير الفساد.

والثاني: له ذلك؛ لأن الجميع حقه فعلى الأول قال: لي على فلان أموال ولكن المدعى عليه الآن لخمسة وأحلفه عليها ولا أدعي غيرها الآن فله ذلك، وكذا لو قال: أقيم البينة على خمسة وأحلفه على خمسة، وكذا لو ادعى عليه دينًا ويعد في ذلك المجلس وغيره دينًا ولا يلزمه أن يجمع الدعاوى.

وحكى جدي عن بعض أصحابنا أن للمدعى عليه أن يقول للحاكم: سله هل له علي دعوى غير ما يدعيه الآن؟ فإني أريد سفرًا ولا آمن أن يدعي في حال حياتي أو بعد مماتي؛ فينبغي أن يأمره القاضي بجميع دعاويه وليجيب عنها، انتهى.

وَإِذَا ادَّعَى مَالًا مُضَافًا إِلَى سَبَبٍ كَأَقْرَضْتكَ كَذَا كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ شُفْعَةً كَفَاهُ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الشِّقْصِ.

وَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ حَلَفَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ لَهُ الْحَلِفُ بِالنَّفْيِ الْمُطْلَقِ.

وهذا شيء أبداه الإمام أو نحوه، وقوله: فعلى الأول [وقع] في الخمسة، واختلط [في] الثاني.

قال: **(وَإِذَا ادَّعَى مَالًا مُضَافًا إِلَى سَبَبٍ كَأَقْرَضْتكَ كَذَا كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ شُفْعَةً كَفَاهُ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الشِّقْصِ، وَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ حَلَفَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لَهُ الحَلِفُ بِالنَّفْيِ المُطْلَقِ)** إذا ادعى مالًا وأسنده إلى جهة بأن قال: أقرضت منك كذا أو طالبه ببذله، أو قال: غصبت عبدي وتلف عندك فعليك كذا ضمانًا، أو قال: فرقت ثوبي فعليك كذا أرشًا، واشتريت منك وأقبضتك ثمنه أو اشتريت مني كذا فعليك ثمنه، وطالبه بالمدعى فليس على المدعى عليه أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة بل يكفيه أن يقول: لا يستحق عليَّ شيئًا، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة لا منفعة لك عندي ولا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك كما أشار إليه المصنف؛ وذلك لأنه قد يكون صادقًا فيما ادعاه مما ذكرنا.

وعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة، ولو نفى الإقراض وما في معناه كان كاذبًا ولو أغرق طولب بإقامة البينة على ما يزعم عروضه، وقد لا يجد بينة فاقتضت الحاجة فيه إلى الجواب المطلق، وعلى هذا إذا قالت المرأة: طلقتني، فقال: أنت زوجتي، كفاه هذا الجواب هذا هو المشهور، وحكى الإمام في باب الامتناع من اليمين أن الإصطخري قال: يجب على المدعي أن يجيب عن عين ما يذكره المدعى، والمشهور المنصوص الأول.

وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وآل إلى تحليفه؛ حلف على ما أجاب، ولا يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة لما سبق، ولو حلف

....

على نفيها بعد الجواب المطلق جاز، قاله البغوي.

ولو تعرض في الجواب لنفي الجهة المدعاة فقال: ما أقرضتني ما بعت، ما فرقت ثوبه، فالجواب صحيح أيضًا، ثم إن حلف على وفق الجواب فذاك، وإن أراد أن يحلف على أنه لا يلزمني شيء فهل يتمكن كما لو أجاب ابتداء كذلك أولًا لتطابق الإنكار؟ فيه وجهان أصحهما ويحكى عن النص المنع، وادعى ابن أبي الدم أن الأول أصح، وقضيته [أنه] لم تلزمه العشرة بتمامها وهو ناكل عما دونها، فللمدعي أن يحلف على استحقاق ما دون العشرة بجزء، وإن قل كحبة ويأخذه، قال الإمام: فإن قيل: من يلزمه دينار فقوله: لا يلزمني العشرة سديد، فلم جعلتموه ناكلًا عن عشرة إلا أقل قليل؟

قلنا: لأنه امتنع عن الحلف عن كل ما دون العشرة، ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة.

قال في «التهذيب»: إن عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها فللمدعي أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وردها لم يكن له الحلف عن البعض، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه، وذكره في «تعليقه» عن القاضي الحسين، ونقله عنه فيما جمعه من «فتاويه» بزيادات فقال: إذا ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم العشرة إليك ورد اليمين بعد نكوله، فللمدعي أن يحلف على العشرة لا على ما دونها؛ لأنه إنما نكل عن العشرة والناكل عن العشرة لا يكون ناكلًا عن التسعة هذا إذا لم يبلغ القاضي في تحليفه إلا شيء منها.

فإن كان قد بلغه فحينئذ المدعي بالخيار بين الحلف على العشرة وعلى ما دونها، وقال في كثيره، وذكر ما تقدم، وأنه لو ادعى عليه ألفًا فعرضت اليمين فنكل وردها على المدعي فقال المدعي: أنا أحلف على خمسة، فيه نظر! إن قاله الحاكم في الابتداء قل: بالله لا يلزمني تسليم الألف إليه فنكل ورد اليمين على المدعي فقال المدعي: أنا أحلف على خمسمائة فللمدعي عليه أن يقول: أنا أحلف على خمسمائة؛ لأنه إنما نكل عن الألف، أما لو قال له الحاكم:

....

قل بالله لا يلزمني تسليم الألف ولا شيء منه إليه فنكل ورد اليمين عليه، فقال: أنا أحلف على خمسمائة فله ذلك، وليس للمدعي عليه أن يعود ويقول: أنا أحلف على [خمسمائة] لأن النكول قد وجد منه في الألف وما دونه جميعًا [يكون] عشرة، فأجاب: ولا يلزمني جميع ما يدعيه.

قال: هذا إقرار مجمل، فيجلس حتى يتبين إقراره، فإن لم يتبين كان إنكارًا، فإن لم يحلف حلف المدعي واستحق ما يدعيه، انتهى.

وفي كونه مقرًّا بمجمل وقفة؛ لأنه إقرار من طريق اللزوم، والقاضي في موضع أن يكون ذلك إقرارًا.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القاضي ادعى عليه عشرة دنانير وأنكر ونكل عن اليمين فردت على المدعي فقال: أنا لا أدعي عشرة بل دنانير، قال: ينبغي أن يستأنف الدعوى ويعرض اليمين ثانيًا على المدعي؛ لأن بقوله: لا أدعي عشرة ترك الدعوى الأولى، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى فذلك إذا لم تستند الدعوى إلى عقد، أما إذا أسنده كما إذا قالت المرأة: نكحتني بخمسين وطالبته به ونكل الزوج فلا يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين؛ لأنه يناقض ما ادعته أولًا، فإن استأنفت وادعته عليه ببعض الذي جرى النكاح عليه فما زعمت وجب أن يجوز لها الحلف عليه.

وقال في «شرحه الصغير»: فلها أن تحلف عليه.

قلت: وذكر الإمام المسألة عن القاضي، وأطنب فيها وذكر فيها تحقيقات يطول ذكرها.

ولو ادَّعى أن الدار التي في يد هذا ملكي يلزمه تسليمها إلي، فالمدعى عليه إذا أنكر يحلف أنها ليست ملكًا له ولا شيء منها لو أنه لا يلزمه تسليمها إليه ولا تسليم شيء منها، ولو ادعى أنه باعها منه فيكفيه أن يحلف أنه لم يبعها منه على القياس الذي تمهد في الفصل.

....

فَرْعٌ: قال في «التهذيب»: لو ادعى عليه ألفًا فقال: لا أحلف وأعطى المال لا يجب على المدعي قبوله من غير إقرار وله تحليفه لأنه لا يأمن أن يدعي عليه ما دفعه إليه بعد هذا، وكذلك لو نكل عن اليمين فإذا [حلف] يمين الرد، فقال المدعي: حتى أبذل المال [له بلا يمين] ويقول له الحاكم به.

ثم قال: وقال بعض أصحابنا: يحلف على حسب الجواب بنفي البيع أو الصدقة أو الغصب فيلزمه أن يحلف ما باع ولا طلق؛ لأنه لو لم يمكنه ذلك أجاب به، وإن أجاب أنه ليس بينهما بيع قائم أو تحريم بالطلاق أو لا رده عليه بحكم الغصب حلف على حسب الجواب، وكذا الخلاف إذا ادعى عليه أنه حفر حفيرة في أرضه أضرت بذلك أرضه هل يحلف على نفي قيمة ما أفسده في أرضه أو على نفي ذلك الفعل، انتهى.

فَرْعٌ: ذكر أبو عاصم العبَّادي أنه لو ادعى عليه وديعة فقال: لا يلزمني تسليم شيء إليه لم يكن جوابًا؛ لأن المودع لا دفع عليه إنما يلزمه التخلية، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع، أو يقول: هكذا في يدي، أو رددته.

قال الرافعي: وهذا يخالف كلام أصحابنا ألا تراهم يقولون: من جحد الوديعة فقامت بينة بالإيداع وادعى تلفًا أو ردًا قبل جحوده نظر! إن كانت صيغة جحد أو إنكار أصل الوديعة أم قال: لا يلزمني تسليم شيء إليك فأما إن نقدر خلاف أو نؤول ما أطلقوه.

فقال في «الروضة»: قلت: الذي قاله ابن القاصّ صحيح، وتأويل كلامهم متعين وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ فحكمه كذا إلا أن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب، والله أعلم.

وما ذكره ابن القاص سبق قلم، وقال الزنجاني في «مختصر الشرح»: ما ذكره العبادي [مؤولًا] لا سيما إذا كان المودع فقيهًا، وما ذكره الرافعي من الإطلاق يجوز التأويل للتأول، انتهى.

وهذا أحسن ويحتمل أن يرجع فيه إلى اجتهاد القاضي في كونه جوابًا

....

مقنعًا أم لا، وقد يختلف ذلك باختلاف الخصوم [فرب خصم يظهر منه أن ذلك لدد، فلا يؤجل له] ويقال في الوديعة وتلفها وإتلافها.

وقال: إذا كان من بلاد عمله، انتهى.

واعتباره ما دون مسافة القصر هو أحد الوجهين في الأمد، أو قال الدارمي: في ثلاثة على التغليظ بالمكان، ولا يُحلِّف أحد من بلده إلى غيره من بلد خليفة أو غيره إلا أن يكون المحكوم عليه يقهر حاكم بلده، فيرفع إلى غيره من أقربهم إذا قدروا عليه، انتهى.

وهذا حسنٌ، وقضيته: عدم الفرق عند نكاحه بين المسافة البعيدة وغيرها، ويجوز أن يترك ما سبق من الأثرين عليه لا على ما حمَّلهما عليه الماوردي.

ومنها: سبق أن اليهودي يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى، زاد البغوي في «التعليق»: وأنزل الآيات العشر، وسيأتي عن النص ما قد يفهم المنع من ذلك، والنصراني: بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى صلى الله عليهما وسلم.

قال الماوردي: وَإِنْ رَأَى أَنْ يَزِيدَ عَلَى هَذَا، فَيَقُولَ: الَّذِي أَبْرَأَ لَهُ الْأَكْمَهَ وَالْأَبْرَصَ، وَأَحْيَى لَهُ الْموتَى بِإِذْنِهِ فَعَلَ، ولو حلف القاضي اليهودي بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، والنصراني بالله الذي أنزل القرآن على محمد، فامتنع من اليمين بذلك، فهل يصير ناكلًا؟ فيه وجهان رواهما الشيخ أبو علي عن القفال.

قال البغوي في «تعليقه»: ولو أنه حلَّف مسلمًا بالله الذي أنزل التوراة والإنجيل جاز؛ لأنه حلف بآية منسوخة فتحسب له يمينه، انتهى.

قلت: ينبغي أن يكره له التحليف بذلك؛ لأن العامة تنفر من ذلك، وقد أورد ابن أبي الدم هنا سؤالًا وهو: فإن قيل: لمَ حلَّفتم اليهودي والنصراني ما تقدم ولم تحلِّفوا المسلم بالله الذي أنزل القرآن على محمد ﷺ؟ وأجاب بنقل وجهين عن رواية الشيخ أبي علي في «شرحه الكبير» وأبي عاصم العبادي في

....

«الفتاوى» ولم يختر أشياء.

قال ابن الرفعة: وكلامه يقتضي أن الراجح عند الأصحاب أنه يحلف كذلك.

ومنها: ذكر جماعة من التغليظ: التحليف بالمصحف، قال الشافعي: كان ابن الزبير يستحلف به، ورأيت مطرفًا قاضي صنعاء يستحلف به، وهو حسن، وعليه أنه كان باليمن وقال في باب كيفية اليمين من «الأم»: وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن. قال القاضي: هذا النوع من التغليظ مستحب.

وقال الماوردي: هو جائز عند الشافعي، وليس بمستحب، وهذا منه يفهم أن الشافعي أراد بما ذكره عن ابن الزبير ـ رضي الله عنه ـ واستحبه التحليف بالمصحف، وما فيه من القرآن.

وحكى ابن أبي الدم عن الأصحاب أنهم قالوا: معناه أن يوضع المصحف في حجره ليكون أزجر له، ولا يُحلِّفه بالمصحف فيقول: وحقّ المصحف؛ لأنه لا يحلف بغير الله، وإنَّما يحلفه بمن أنزل القرآن، وقال: إن هكذا قال الشيخ أبو علي، وإن الشيخ أبا زيد قال: لو حلَّفه بما في المصحف لا يكون يمينًا؛ لأن المصحف سوادٌ وبياضٌ، نعم؛ لو حلَّفه بما فيه من القرآن، أو بما هو مكتوب في المصحف، أو حلَّفه بالقرآن فهو يمين، وسبق عن «فتاوى» القفال أنه لو قال: والقرآن، لا يكون يمينًا. وعن «الحاوي» نقل وجهين في آخر الحلف بالمصحف، واستوفينا الكلام على ذلك.

وقال البغوي كما سبق: لا يجوز، وقال شريح الروياني: وإذا حلف على المصحف وضع يده على المكتوب، وقال: وحرمة القرآن المكتوب فيه، انتهى.

والظاهر أن كل ما توقف كونه يمينًا على النية لا ينبغي للقاضي أن يحلف به، وما كان صريحًا من أسمائه تعالى وصفاته العليا صحَّ التحليف والتوكيل به قطعًا.

....

ومنها: لو اقتصر على الاسم المقدس وجه إجراء على المشهور؛ لأن التغليظ باللفظ تكرير صفات الله تعالى، وكل ذلك مندرج تحت قوله: والله، وهكذا لو اقتصر على الصفة الذاتية مثل: وعظمة الله، وجلال الله، وكبرياء الله . . . وغير ذلك، قالوا: ولا فرق في اقتصاره على الاسم بين أن يقول: بالله، أو تالله، أو والله، قال ابن الرفعة: كذا قالوه هنا.

وسبق في الأيمان ما ينازع فيه، قالوا: ولا فرق بين أن يأتي به معربًا أو لا، بأن يرفع الاسم أو ينصبه، بل ذلك لحن سواء تعمَّد ذلك أم لا، كما قاله الشافعي في «الأم»؛ لأنه بالجر لا يعتبر المعنى، وقال: أحببت أن نعيد حتى يُصحح.

قال الماوردي في كتاب «القسامة»: وفرَّق بعض أصحابنا بين المعرب وغيره، فإذا رفع الاسم أو نصبه النحوي، لم يكن يمينًا في حقِّه بخلاف غيره؛ لأنه لا فرق عنده بين الجميع.

وعن القفال: إنه إذا رفع لا يكون يمينًا إلا بالبنية، ولم يُفرَّق بين النحوي وغيره، وقضيته: ألا ينعقد يمينه إذا رفع هنا؛ لأن النيَّة لا مطَّلع عليها.

ومنها: لو حذف حرف القسم من ذكر الله فظاهر كلام الأصحاب هنا: انعقاد اليمين بذلك؛ لأنهم عدوا من فوائد حديث ركانة المشهور جواز حذف حرف القسم، لكن في كتاب دعوى الدم من «الحاوي»: إنه إذا حذف حرف القسم لم يكن يمينًا على الظاهر من مذهب الشافعي في عموم الناس كلهم، وسواء ذكر الاسم مرفوعًا أو منصوبًا أو مجرورًا، وعلى قول من فرق بين المعرب وغيره يجعله بالنصب يمينًا من النحوي؛ لأنهم إذا حذفوا حرف الجر نصبوا فصار النصب عوضًا عن حرف القسم، فصار يمينًا من النحوي دون غيره، وسبق في الأيمان: إنه إذا حذف حرف القسم وأطلق لا يكون يمينًا وهو موافق لما ذكره الماوردي، وذكرنا هناك وجوهًا:

ومنها: إذا عرض المستحلف شرعًا فهل يحرِّمه أو يُعدُّ ناكلًا عن اليمين،

....

إن أصرَّ على ذلك الكلام في هذا، وفي كل تغليظ يراه الحاكم من المكان والزمان يبنى على ما سبق من الخلاف في وجوبه، إن قلنا بالصحيح أن الجميع مستحب، فعرفه القاضي عليه وهو يراه مستحبًا واحتياطًا لم يلزمه ولم يعتد بامتناعه منه ناكلًا به عند العراقيين.

وحكى القاضي الحسين وأتباعه والإمام فيه وجهين:

أصحهما عند القفال: إنه يكون نكولًا، وزادهما القاضي الحسين والشيخ أبو علي والبغوي فيما إذا عرض عليه وضع المصحف في حجره فامتنع.

وإن قلنا: الجميع واجب، فلا يخفى تفريعه.

وإن قلنا: الواجب المكان فقط فامتنع.

قال ابن المرزبان: القولان ـ هاهنا وفي إعادتها ـ مبنيان على القولين هل التغليظ واجب أو مستحب؟ وسواء قال: حلفت بالله تعالى أو بالطلاق، أو غيره أنني لا أحلف في هذه المواضع، انتهى.

وإذا قلنا: يجب التغليظ بالزمان والمكان دون اللفظ كما هو، هو قول، لا يخفى تفريعه مما تقدَّم عليه، قال الماوردي في «الأقضية»: لو سأل المدعي تأخير إحلاف المنكر ليغلظ عليه بإحلافه بعد العصر أو بالجامع كان له ملازمته إن استحق تغليظها وإلا فلا، وإذا لم يكن بالقرية جامع حلف على مسجدها، وإذا حلف ألَّا يحلف في الجامع ولم يحنثه حلف في غيره من المساجد.

ومنها: سبق أن الدارمي قال: يترك التغليظ على المشرك باللفظ والموضع قولًا واحدًا، وهو قضية كلام الماوردي، وإن كان مختصًّا بالمسلمين، وصرَّح بأنه إن ترك التغليظ على الكافر بالموضع واللفظ جاز قولًا واحدًا، وظاهر كلام الجمهور تصريحًا وتلويحًا، والخلاف في اليهودي والنصراني، وأمَّا غيرهم كالمجوسي والوثني فكلامهم فيهم محتمل في غير اللفظ، وصرَّح بعضهم بأنه لا يحلف في بيت الصنم ولا النار.

قال شريح الروياني: قال الشافعي ـ يعني في اليهود: ولو كان لهم ألفاظ

وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ فِي فِعْلِهِ.

يُعظِّمونها ولا يعرف المسلمون معناها، يجوز بعشر آيات لم يُحلِّفهم بها؛ لأنهم بدَّلوها وأدخلوا فيها ما ليس منها، فقد يكون ذلك مما بدَّلوه، فيكون كفرًا أو معصية.

وقال بعض أصحابنا: يحلفون بالعشر الآيات التي أنزلها الله على موسى عليه السلام لأن المبدَل غير المنزَّل.

قلت: والمختار ما نصَّ عليه؛ لئلا يتوهم أنا نعتقد إنما يزعمونه، أنزله على موسى كما زعموه، والله أعلم.

قال: (**وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ**) أي: على القطع والجزم.

(**فِي فِعْلِهِ**) أي: نفيًا كان أو إثباتًا؛ لأنه يعلم حال نفسه ويطلع عليها، هكذا أطلقوه، وهو مستمر فيما إذا كان الفعل صدر منه في حال عقله وتمييزه، لو كان قد صدر منه في حال جنونه أو سكره الطافح، أو إغمائه أو طفوليته، وتوجهت عليه اليمين بعد كماله من التغليظ بالزمان واللفظ، وقد رواه القاضي احتياطًا فحكمه ما تقدم، وإن امتنع من التغليظ بالمكان عُدَّ ناكلًا.

قال الماوردي والإمام والرافعي وغيرهم: ولا نظر إلى كونه حلف ألَّا يحلف في ذلك المكان، وهو قياس قولهم: يكثر على اليهودي سببه إذا أوجبنا التغليظ بالمكان، لكن جماعات من العراقيين وغيرهم نقلوا عن نصه في «الأم»: إنه إذا كان عليه يمين ألَّا يحلف بين الركن والمقام استحلف في الحجر، فإن كان عليه يمين ألَّا يحلف في الحجر استحلف على يمين المقام بين المقام والحجر، وإن كان عليه يمين لا حلف هناك استحلفه قريبًا من البيت، وإن الشافعي قال: لو قال قائل: لو كان عليه يمين لا يحلف بين الركن والمقام استحلفه فيه، وإن كان فيه حنث فيما كان حلف، كان مذهب، كما لو حلف لا يحلف فتوجهت عليه اليمين، فإنه يحلف وإن حنث فيما كان حلف قالوا: فخرجها على قولين.

قال القاضي أبو الطيب: قال أصحابنا: وهذا على القول بأن التغليظ بالمكان مستحق وشرط، وإلا فلا يحنث في يمينه قولًا واحدًا.

وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا، وَإِنْ كَانَ نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

وقال البندنيجي: يشبه أن يكون القولان إذا قلنا المكان شرط وإلا فلا يحنث في يمينه قولًا واحدًا.

وقال الدارمي بعد ذكره موضع التغليظ بمكة والمدينة وبيت المقدس، وفي غيرها في الجامع بعد العصر، وكذلك عندي بعد العصر بمكة والمدينة، فإن حلف على الدليل فيها جاز، وإن حلف على ما قلنا فيها في غيرها ناسيًا فقولان: **أحدهما**: نفاذ اليمين، **والثاني**: يجري فإن فعله عامدًا مجتهدًا.

قال ابن المرزبان: لا يعيد، وقال: إن تعمَّد غير مجتهدٍ فالقولان، فإن كان ما يخالف علة بعث إليه في موضعه من يُحلِّفه، وسواء طلب صاحب الحق هذه المواضع أو لم يطلبها، وإن قال الحالف على يمين: ألَّا أحلف في هذه المواضع قولان:

أحدهما: يحلف فيها وإن حنث.

والثاني: يحلف فيما قرب منها وبأهله الحلف فلا يظهر التوجيه المذكور.

قال: **(وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا)** أي: فيحلف أيضًا على البتِّ؛ لأنه يسهل الوقوف عليه ولهذا يشهد به، وعن القفال: إن مدَّعي الرضاع إذا نكل خصمه عن اليمين على نفي العلم حلف هو على نفي العلم، والظاهر خلافه.

قال: **(وَإِنْ كَانَ)** أي: فعل الغير.

(نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ) لأن النفي المطلق يعسر الوقوف عليه بسببه، وبهذا لا تجوز الشهادة عليه، ومثال الحلف على نفي العلم: والله ما علمت أنه فعل كذا وما أشبه ذلك.

قال ابن الصلاح: إلا أن يكون فعل الغير منسوبًا إلى الحلف فيحلف على البت، فلو حلَّفه القاضي هنا على البت اعُتدَّ به، ولكنه عدل عن نهج الحق.

قلت: والظاهر أن له هنا أن ينوي نفي العلم؛ لأنه المتوجه عليه أمَّا لو حلَّفه على نفي العلم والحال يقتضي الحلف على البت، لم يعتد بذلك قطعًا، قال الرافعي: والعبارة المختصرة أن يقال: اليمين على البت أبدًا إلا إذا حلف

وَلَوْ ادَّعَى دَيْنًا لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ أَبْرَأَنِي حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ.

على نفي فعل الغير، انتهى، وفيه شيء يأتي.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى دَيْنًا لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ أَبْرَأَنِي**) أي: ونحوها، كقضيته أو أحال به علي، أو اعتاض عنه.

(**حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ**) أي: مما ادعاه بما ذكره في الإبراء، وذكرناه عن غيره من الأمثلة، ولو كان بيده عين فقال مدعٍ: غصبها أبوك، أو بائعك مني، فأنكر، حلف على نفي العلم بأنه ما غصب.

تتمات وفروع: إذا ادَّعى على وارث دينًا على الميت، لم يكف ذكر الدين ووصفه بل يذكر مع ذلك موته، وإنه جعل في يد الوارث من التركة ما يفي بحقِّه أو ببعضه، وإنه يعلم دينه على مورثه وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على نفي العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض له فيقول: إن مورثك غصب كذا وأنت تعلم أنه غصبه.

قلت: وتعرضه لعلمه ظاهر إذا علم المدعي ذلك أو ظنَّه، أمَّا لو علم أنه لا يعلم، أو ظنَّ ذلك، أو جهل الحال، فكيف بقوله بها، هذا موضع نظر وتأمل، ثم إذا تعرض لجميع ذلك فأنكر الوارث الذي حلف على نفي العلم، فإن نكل حلف المدعي على البت، وإن أنكر موت من عليه فأوجه:

أحدها: إنه يحلف على البت؛ لأن الظاهر اطلاعه عليه، قالا:

وأصحّها: إنه يحلف على نفي العلم مما لو أنكر غصبه أو إتلافه، وقرر بموت في «الغنية».

وثالثها عن أبي زيد: الفرق بين من عهده حاضرًا أو غائبًا.

قلت: تبعًا في الصحيح الثاني قول القاضي أبي الطيب أنه المذهب، وأحسب أن كلامه في الغائب الذي يجوز جهله بموته، أمَّا الحاضر معه في البلد أو الساكن معه فلا، وقال شريح الروياني: يحلف على البت ما مات أبوه، وعند أبي حنيفة على نفي العلم، وحكاه جدي عن بعض أصحابنا، ثم حكى قول أبي زيد.

....

فافهم أن المذهب الحلف على البت، وإن أنكر حصول التركة عنده حلف على البت، وإن أنكر الدَّيْن وحصول التركة معًا وأراد أن يحلف على نفي التركة وحده، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة وعلى نفي العلم بالدَّيْن، فعن ابن القاصّ: إنه يحلف عليهما؛ لأن للمدعي غرضًا في إثبات الدَّيْن، وإن لم يكن عند الوارث شيء فلعلَّه يظفر بوديعة، أو دين له على إنسان يأخذ منه حقه، هكذا أورده الرافعي، وجزم به في «الروضة» بلا نسبة، وهو يفهم أنه لو اعترف المدَّعي بأنه لا تركة في يد الوارث ولا غيره أن له التحليف والإثبات للغرض المذكور، وفيه نظر، يعرف مما تقدم عند الكلام في الدعوى بالدَّيْن المؤجل على الغير، ثم المعسر.

ثم رأيت القاضي شريح الروياني قال: وإن جحد الدَّيْن والتركة حلف على ما يعلم أن له على أبيه شيئًا، وما وصل إلى يده شيء من تركته، فإن حلف على التركة فهل يحلف على الدين؟ قال أبو جعفر الهندواني: لا يحلف وله إقامة البينة قبل ظهور مال، بخلاف اليمين قبل ظهور التركة، وهذا أصح، قاله الخفاف، انتهى.

لو نصب البائع وكيلًا لقبض الثمن وتسلم المبيع فقال المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع وأبطل حق الجنس وأنت تعلم، فقولان: أحدهما واختاره أبو زيد: إنه يحلف على البت؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاقًا على المبيع.

وقضية كلام ابن الصلاح السالف: الجزم به، وأقواهما في «زيادات الروضة»: إنه يحلف على نفي العلم، ويديم الحبس إلى استيفاء الثمن، وهو المفهوم من إطلاق «المنهاج» وغيره.

لو قال المدعى عليه للمدعي: إن وكيلك قبض مني، الحق أنه لا يعلم أنه قبض هذا المال ولا شيئًا منه.

لو بلغ طفل وطلب الشفعة، فقال المشتري: ترك أبوه الشفعة، لما كان

وَلَوْ قال: جَنَى عَبْدُك عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا فَالْأَصَحُّ حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ، قُلْتُ: وَلَوْ قال: جَنَتْ بَهِيمَتُك، حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

الصلاح في تركها وقلنا: إذا تركها الولي لا يثبت، للطفل إذا بلغ حلف أنه لا يعلم أن أباه سلَّم له الشفعة، لم يحكم له بالشفعة، ذكرهما شريح في «روضته» عن ابن القاصّ أنه إذا طولب البائع بتسليم المبيع فادَّعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالم به، فأنكر، يحلف على البت.

وإنه لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر وقال: أنا أخوك والميراث بيننا، فأنكر، يحلف على البت أيضًا؛ لأن الأخوَّة رابطة جامعة بينهما فهو حالف في نفسه.

قال الرافعي: ونازعه منازعون في الصورتين وقالوا: يحلف على نفي العلم، زاد في «الروضة»: وهو الصحيح، وهو كما قال.

وفي «روضة» شريح في الثانية عن ابن القاص: إنه يحلف بالله أنه ليس بأخيه أو أنه لم يولد على فراش أبيه؛ لإمكان الإحاطة به، وقال سائر أصحابنا: يحلف إنه لا يعلم أنه ولد على فراش أبيه، ونقل عنه أنه قال في الأولى: عليه تسليم المبيع إليه، وقال سائر أصحابنا نعلم بالله ما يعلم أنه عاجز عن التسليم، وهذه عبارة قلقة، ولعلَّ فيها خللًا من ناقل.

قال الدبيلي: إذا ادَّعى رجل على أبيه مالًا، حلف أنه لا يعلم أن له على أبيه ذلك، ثم إن كان الحالف تناول أنه ما سمع من أبيه أن لأحد عليه شيئًا، ولا وجد خطه فيتجاسر على اليمين، فيجب أن يطالع قلبه، فإن غلب على ظنه صدق المدعي لا يحلف أنه لا يعلم وقد وقع في خلده صدق دعواه بما ذكر من العلامات وغيرها، وإذا لم يقع في خلده صدق دعواه فحينئذ يجوز أن يحلف على العلم، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قال: جَنَى عَبْدُك عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا فَالْأَصَحُّ حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ، قُلْتُ: وَلَوْ قال: جَنَتْ بَهِيمَتُك، حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) فيه صورتان:

....

الصورة الأولى: إذا ادَّعى على أن عبده جنى عليه بما يوجب كذا فأنكر، فطريقان:

الطريقة الأولى: إنه يحلف على نفي العلم؛ لأنه حلف يتعلق بفعل الغير، وعليها اقتصر الدارمي والقاضي أبو الطيب وابن الصبَّاغ والفوراني في «العمد» وشريح الروياني في «روضته» وهو قضية إطلاق المحاملي والماوردي والجرجاني والشيرازي والعمراني والشاشي وغيرهم من العراقيين، ومنهم الفوراني في «الإبانة» والجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وسيأتي عن القفال ما يوافقه، واختاره الإمام.

الطريقة الثانية: حكاها بعض المراوزة، وعليها جرى الرافعي أنه على وجهين: أصحهما: في «تهذيب» البغوي و«تعليقه» أنه يحلف على البت؛ لأن عنده ماله، فهو في الحقيقة يمين في حق نفسه، وتبعه الرافعي على ترجيحه ولم أره لغيره بل أرسل إبراهيم المروزي والغزالي وغيرهما الوجهين.

قال الرافعي: وربما بُني الوجهان على أن أرش الجناية يتعلق بمحض الرقبة أم يتعلق بالرقبة والذِّمة جميعًا حتى يتبع بما فعل بعد العتق؟

فإن قلنا بالأول حلف على البت؛ لأنه يحلف ويخاصم لنفسه، وإن قلنا بالثاني فعلى العلم؛ لأن للعبد على هذا دية تتعلق بها الحقوق، والرقبة كالمرتهنة بما عليه، انتهى.

وقوله: وربَّما بنى، أخذه من قول البغوي ويمكن بناء الوجهين، وبالبناء جزم إبراهيم المروزي، ونقله الغزالي في «البسيط» والإمام في «النهاية» عن الأصحاب.

قال الإمام في باب موضع اليمين: وبنى الأصحاب الوجهين على كذا فذكره، ثم قال: والذي أراه أن يقتصر على نفي العلم وإن لم يثبت للعبد ذمة، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: قال الشافعي: لو رهن عبده، ثم ادَّعى أن العبد قد

....

جنى قبل الرهن، وقلنا: القول قول المرتهن، حلف أنه لا يعلم أنه جنى، وهذا مطرد إلا في مسألة، ثم ذكر تسلمه الكتاب كما سبق.

إذا علمت هذا فاعلم أن قضية البناء أن يكون الأصح عند الإمام والغزالي وغيرهما الحلف على نفي العلم كما رآه الإمام؛ لأن الصحيح عندهم أن ذمة العبد مشغولة بجنايته، كما سبق هناك.

وذكرنا أن القاضي الطبري وغيره يرون الأصح التعلق بذمته أيضًا مع جزمهم هاهنا بما سبق، ولم يلووا على البناء المذكور، وسبق أن محل الخلاف في «التعليق» إذا عرف السيد بالجناية، فإن أنكر تعلَّقت بذمته قطعًا لا غير، وبه أجابا في أوائل كتاب الإقرار.

وقال الإمام: لا وجه إلا القطع به، وعن القياسين طرد الخلاف في هذه الحالة أيضًا، وإذا أحطت علمًا بما أوردناه علمت أن الجمهور على الحلف على العلم، خلافًا للبغوي ومن تبعه.

الصورة الثانية: إذا ادَّعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعًا أو غيره حيث يجب الضمان بإتلافها فأنكر، والذي أورده البغوي وغيره: إنه يحلف على البت، وجعله دليلًا لما رجَّحه في مسألة العبد، ووجه بأن البهيمة لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعلها، وإنما يضمن بالنقض في حفظها، وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف، وفي نفسي من بعض صور المسألة شيء ولم أقف على كلام العراقيين فيها، وأشار في «الوسيط» إلى تردد فيها حيث قال: فالظاهر أنه يلزمه البت.

تنبيهات:

أطلق المصنف أنه يحلف في فعل عبده على البت على الأصح، ولم يفرِّق بين الحاضر والغائب، ولا بين المأذون له في التجارة والمكاتب وغيرهما، ولم أر في ذلك نصًّا، ولو مات المأذون المكاتب أو عامل القراض الحر وقد عاملا، ودعت الحاجة إلى تحليف المالك نفيًا وإثباتًا فكيف الحال إذا لم يكن له اطلاع على تصرفهما، أهو كما لو مات مورثه أم يحلف هنا على البت لفعل

....

نفسه؟ هذا يحتاج إلى تحرير ونقل خاص من كلامهم.

وكذلك لو مات الوكيل بعد التصرف والمتبادر من إطلاقهم فيه، وفي عامل القراض أنه يحلف على العلم، أطلق المصنف أنه يحلف في نفي فعل بهيمته على البت من غير فرق بين كونها في يده حالة الإتلاف المضمن أو لا، كان معها أو لم يكن، والظاهر أنها إذا كانت في يد الغير ممن يتوجه عليه الضمان بإتلافها أن الدعوى والحلف عليه دون مالكها لا محالة، نعم لو كانت في يد عنده هل يجري الخلاف السابق في فعل العبد أم لا؟ فيه نظر.

وصرح ابن الصلاح بأنه لو كانت الدابة بيد أجير أن الدعوى والثمن عليه، ويحلف على القطع، فإن فعلها منسوب إليه، وفعل الغير إذا كان منسوبًا إلى المدعى عليه حلف على البت، انتهى.

وفي النفس شيء من تحليف المالك على البت إذا كانت البهيمة أو العبد غائبًا عنه، وبعد اطلاعه على فعلهما وهو يقول: لا أعلم شيئًا من ذلك، وحينئذ يجعل ناكلًا، ويحلف المدعي أو يحلف على نفي العلم الأقرب إلى كلامهم الأول، وقد يأتي ما شهد للثاني في الفرع الآتي.

فروع: تقدَّم أنه إذا نفى البائع العيب حلف على البت لقد باعه وما به هذا العيب، لا على نفي العلم، هكذا جزما به.

قالا: ويجوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد وعلم خفايا أمره، وعند عدم الاختبار يجوز أيضًا اعتمادًا على ظاهر السلامة، إذا لم يعلم ولا ظن خلافه.

قلت: وفيه نظر، إذا كان العيب مما يكثر وجوده وفي «الحاوي» في باب الخلاف في الشاهد مع اليمين: إنه لو باع ابن خمس عشرة سنة مشرقي عبدًا مغربيًا ابن مائة سنة، فأبق من المشتري وأراد تحليفه لقد باعه بريئًا من الإباق رواية وجهين عن الأصحاب:

أحدهما: على البت، وثانيهما: على نفي العلم غاية ما يقدر عليه فيحلف

وَيَجُوزُ الْبَتُّ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ، ....

لقد باعه وما يعلم أنه أبق، قال الدارمي هنا: لو باع بالبراءة فظهر على عيب، حلف البائع أنه باعه لا يعلم به، وكان مراده ما ذكره البغوي هناك، إمَّا إذا صححنا البيع بشرط البراءة فقال المشتري: علمت هذا العيب وكتمته فقال: لم أعلمه، حلف لقد بعته وما علمت به، كتمته.

وقال شريح: إذا باع حيوانًا بشرط البراءة فادَّعى المشتري عيبًا كان به، وإن البائع علمه، وقلنا: لا يبرأ البائع من عيب علمه، حلف لقد باعه وسلمه وما يعلم به هذا العيب.

لو باعه عبدًا وعرَّفه عيبه، ثم جاء المشتري فقال: العيب أكثر مما قدَّرته وعلمته، فله الرد، ويحلف بالله لم أعلم قدره، وإلا فقد وقف عليه أو أنه زائد عمَّا علمه، وهذا الحكم إذا اشترى شيئًا ورآه وقال: لم أعلم عيبًا، واحتمل ألَّا يكون قد اطَّلع عليه، حلف ما علمه يوم شرائه، كذا ذكره شريح، وينبغي أن يحلف أنه ما علمه حين شرائه ولا حين قبضه، ولا بين ذلك أو ما علمه من حين شرائه إلى أن أقبضه إياه.

قال: **(وَيَجُوزُ الْبَتُّ)** أي: الحلف على البت.

(بِظَنٍّ) وكذا **(مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ)** سبق الكلام على هذه المسألة في «أدب القضاء» واقتصرا هناك على أنه يحلف اعتمادًا بخط مورثه إذا وثق بأمانته وحفظه، وإنه لا يعتمد على خط نفسه إلا أن يتذكر، ونسباه إلى «الشامل». زاد في «الشرح الصغير» وغيره.

وعبارة «الشامل» فيما رأيته إذا وجد بخط نفسه على الثياب شيئًا ولا يطالب به، ويحلف عليه حتى ينتفيه، وكان الفرق أنه في خط نفسه يمكنه التذكر، بخلاف خط أبيه، والمشهور ما أورداه هاهنا من اعتماد الخطين، وممن جزم به البندنيجي والروياني والإمام والغزالي وغيرهم، وألحقوا بذلك أخبار العدل الواحد.

قال الدارمي: ولو عبد وامرأة إذا وقع له العلم ـ يعني: غلبة الظن ـ

....

بصدقه، وقال الماوردي في باب التحفظ في الشهادة: إذا أراد أن يطالب بحق أبيه من ملك وغيره، فإن علم به من وجه يصح أن يشهد به لغيره فله دعواه، والحلف عليه يمين الرد ومع الشاهد، وإن عرفه من وجه لا تصح الشهادة بمثله، بأن أخبره به واحد أو وجده مكتوبًا في كتاب أو حساب، وينظر إن تشكك فيه ولم يثق بصحته وصدقه، فله المطالبة به؛ لجواز أن يعترف به المطلوب، فيعلم صحته، ولا يجوز له أن يدَّعيه عند الحاكم إن أنكره، ولا أن يحلف عليه يمين الرد، وإن وقع في نفسه صدق المخبر وصحة الحساب والكتاب فله الدعوى به عند الحاكم، واختلف أصحابنا في جواز حلفه يمين الرد ومع شاهد، على وجهين:

أحدهما: المنع؛ لأنه عرفه بطالب ظن يجوز أن يكون في الباطن بخلافه، وجعله قائله الظاهر من كلام الشافعي.

وأصحهما: يجوز لأن النبي ﷺ قال للأنصار: «**تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟**»(١) وقد غابوا عن قتله، وقياسًا على الرواية، انتهى.

وهذا هو المشهور، وفي قوله: إنه إذا تشكك لا تجوز الدعوى عند الحاكم، نظر بل المتجه أن له الدعوى، وطلب يمينه لعلَّه أن يقر فيحصل المطلوب.

تنبيهات:

أحدها: قال الرافعي هنا: لا يشترط في الحلف على البت اليقين، بل يجوز بناء على ظن مولد من خطه أو خط أبيه أو نكول خصمه.

قلت: أمَّا خط نفسه فقد بينا النزاع فيه، وأمَّا خط الأب فالأب مثال لا قيد، وأمَّا نكول الخصم ففيه نزاع.

قال الإمام: وفي كتاب «الوديعة» أن المذهب أنه إذا ادَّعى المودع التلف ونكل عن اليمين أن المالك يحلف على نفي العلم، وإن من أصحابنا من يكلفه

---

(١) أخرجه البخاري (٧١٩٢) ومسلم (٤٤٤١).

....

جزم اليمين؛ لأن من الممكن أن يطلع على بقاء العين في الوقت الذي ذكر المودع تلفها فيه، وعلى ما ذكر أنه المدعي اقتصر الرافعي والمصنف هناك.

ثانيها: قال ابن الرفعة: إذا غلب على ظنِّه كذب أبيه فيما وجده بخطه، لم يجز له الإقدام على اليمين، وكذا لو استوى الاحتمالان؛ لأن عنده فيما يظهر.

وفي «النهاية»: إن المودع لو ادَّعى تلف الوديعة في يده، ومات قبل أن يحلف، حلَّفه الوارث في اليمين إذا غلب على ظنه صدقه أو علمه، ولو استوى احتمال الصدق والكذب ففيه خلاف، ووجه الجواز: اعتقاد اليمين ببراءة ذمة الوارث وسلامة التركة، وهذا التوجيه لا يحسن، هذا مطلقًا فله ذلك.

قلت: لا يتجه الحلف، ويؤيده أن القاضي الحسين قال: قال أصحابنا: إنما يحلِّفه أن له عليه ذلك الذي رآه بخط أبيه، إذا كان لم يجد بخط أبيه أن لفلان عليه كذا يصدق، ولا يرضى لنفسه أن يحلف على نفيه، وقال: إن القفال قال لأهل ذلك: إذا رأى بخط أبيه أن لفلان عليه كذا وكان أبوه من الأمانة عنده بحيث لو رأى بخطه أن له على الغرماء لا يستخبر أن يحلف عليه؛ للاستبقاء، فلا يجوز له في مسألتنا الحلف وإلا فيجوز، انتهى.

وسبق أن الدبيلي قال: إنه إذا غلب على ظنه صدق من ادَّعى على أبيه مالًا أنه لا يجوز له أن يحلف أنه لا يعلم ذلك، وإلا جازت إليها.

في «البسيط» في مسألة الغراب: إذا قالت واحدة: إذا كان غرابًا فأنا طالق، وأنكر الزوج فعليه أن يحلف على البت أنه لم يكن غرابًا [أو نكل حتى يحلف على البت أنه كان غرابًا] ولو علَّق دخولها أو دخول غيرها فتنازعا، اكتفي منه بيمين على نفي العلم بالدخول هذا قاله القاضي، وليس يبين فرق بينهما أصلًا، بل ينبغي أن يقال: عليه يمين جازمة أو يكون في المسألتين جميعًا.

قال ابن أبي الدم هاهنا: ومن العجب التوجه بالعجز عن الفرق، وعندي أنه ظاهر جدًّا؛ لأن تعليق القاضي على دخول زيد تعليق على فعل مجرد من زيد قطعًا؛ فيحلف نافيه على نفي العلم؛ لأن كل من حلف غيره هل وجد منه

وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْقَاضِي الْمستَحْلِفِ، ....

حلف كذلك، أمَّا مسألة الغراب فليست تعليقًا على فعل الغير قطعًا، بل تعليقًا على كون هذا الطائر المشاهد بصفة كونه غرابًا، وإذا لم يكن تعليقًا على الغير ووجوده بل على تحقق كونه غرابًا حلف من ينفي وجود الصفة الحقيقية على البت بأن هذه الصفة لم توجد؛ لأنه ليس بنفي، فهل غيره؟

وأطال القول في تعزيز الفرق، وبيان عدم الموازنة بين الصورتين، والإمام فرَّق ـ كما ذكره الرافعي ـ بأن الدخول هنا فعل الغير والحلف على نفي فعل الغير يكون على العلم، ونفي الغرابية ليس كذلك، بل هي نفي صفة في الغير، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الاطلاع.

وإذا كان الشيء مما يطلع عليه في الجملة لم تتغير القاعدة بأن يفرض تعذر أو عسر بأن كان الطيران في الليلة المظلمة، والرجل في كر، ولم يكن الأمر في مظنة البحث والمراجعة.

قال في «البسيط»: وفي القلب من الفرق بين في الغرابية، ونفي الدخول شيء. فليتأمل!

قال الرافعي: ويشبه أن يقال: إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرض في الجواب لذلك، أمَّا إذا اقتصر على قوله: لست بمطلقة، فينبغي أن يكتفى منه بذلك كما في نظائره، انتهى.

والغزالي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ اطلع على فرق إمامه ولم يرتضه، وهو للإمام لا للمفترض، وقد يشكل على ذلك مسألة الوديعة السالفة حيث جعلوا المذهب أنه يحلف على نفي العلم، وليس يحلف على نفي فعل الغير، والاطلاع على بقائها فيمكن.

إشارة: ذكر الماوردي فصلًا جامعًا لكيفيات اليمين وأضربها نفيًا وإثباتًا لخَّصه في «الغنية» وهو يشتمل على فوائد يتعين الوقوف عليه لمريد التحقيق.

قال: **(وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْقَاضِي الْمستَحْلِفِ)** أي: يحق في محل التحليف واجتماع شروطه سواء وافقه الحالف في المذهب أو خالفه، مجتهدًا كان

فَلَوْ وَرَّى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ اسْتَثْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ

الحالف أو مقلدًا، وإلا لضاعت الحقوق وتعطلت الأحكام، وحلف كل أحد على ما يقصده أو يعتقده.

واستدلَّ الأصحاب بما في «صحيح» مسلم: «**يَمِينُكَ عَلَى مَا يُصَدِّقُكَ عَلَيْهِ صَاحِبُكَ**»[١] وفي لفظ: «**الْيَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْمستَحْلِفِ**»[٢] وحملوه على الحاكم الذي له ولاية التحليف دون غيره من الولاة الظلمة والآحاد، كما بيَّناه في كتاب الأيمان، ولا بدَّ من عرض القاضي اليمين على الحالف؛ لحديث ركانة رضي الله عنه حين حلف من تلقاء نفسه فحلَّفه النبي صلى الله عليه وسلم ثانيًا.

قال: (**فَلَوْ وَرَّى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ اسْتَثْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي**) أي: استثناه، إمَّا لكونه بقلبه أو تلفَّظ به سرًّا.

(**لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ**) لما بيناه.

وعبارة الرافعي وغيره: والمعتبر نية القاضي وعقيدته، أمَّا النيِّة فالتورية والتأويل بخلاف قصد القاضي لا يعني ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة، إلى أن قال: وأمَّا العقيدة فإذا ادَّعى شافعي شفعة الجار والقاضي رآها فأنكر، فليس له أن يحلف على اعتقاده بل عليه اتِّباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه، وهل يلزمه في الباطن؟ فيه خلاف كالخلاف في أن الحنفي إذا حكم الشافعي بشفعة الجار هل تحل له أو هو هو؟

إذا علمت هذا فعبارة «المحرر»: والنظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف والتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي وعقيدته ليدفع إثم اليمين الفاجرة، و«المنهاج» عبر عمَّا سبق وفيه إخلال بمسألة العقيدة.

وقد تعد من أمثلتها ما لو كان الحالف يرى القصاص في الديون مذهبًا أو

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٢٨، رقم ٧١١٩)، ومسلم (٣/ ١٢٧٤، رقم ١٦٥٣)، وأبو داود (٣/ ٢٢٤، رقم ٣٢٥٥)، وابن ماجه (١/ ٦٨٦، رقم ٢١٢١) وأبو عوانة (٤/ ٤٨، رقم ٥٩٨٥)، والدارقطني (٤/ ١٥٧).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٤، رقم ١٦٥٣)، وابن ماجه (١/ ٦٨٥، رقم ٢١٢٠).

....

تقليدًا والقاضي لا يراه إلا بالتراضي أو لا يراه، فحلف على عقيدته، كان آثمًا حانثًا، وإنَّما الجمع بين التورية والتأويل فلم يتضح لي وجهه، فإن كانا غَيْرَيْن فقد أخلَّ أيضًا، وأمَّا قوله: أو استثنى بحيث لا يسمع القاضي، فكذا قاله الرافعي والإمام والغزالي، وجعلا تلفظه بالاستثناء، سواء بإطلاق اليمين معه منعقدة على الحنث.

قال الإمام: وفي تعليق يعتمد عن القاضي: إنه لو حلف متأولًا ثابتًا على عقيدة نفسه حنث في الظاهر، وهذا كلام حكي عن التحصيل، فإن لزوم الكفَّارة ليس مما يختلف فيه الظاهر والباطن، وكذلك إذا حلف الرجل يمينًا فاجرة وعقبها بالاستثناء بحيث يسمع نفسه، فلا حكم للاستثناء أصلًا ظاهرًا وباطنًا، وهذا مما اتفق أصحابنا عليه، ولولاه لما انتظم مقصود في تحليف، فإن أحدًا لا يعجز عن هذا.

وقال القاضي: لا ينفعه الاستثناء في الظاهر، وينفعه فيما بينه وبين الله في وجوب الكفَّارة، وهذا كلام سخيف.

وقال الغزالي في «البسيط»: لو عقب اليمين باستثناء به، وهو قوله: إن شاء الله، استعاد القاضي اليمين؛ لأنه طلب يمينًا جازمة ولم يأت بها، فإن أسمع الاستثناء نفسه ولم يسمع القاضي انعقدت اليمين فاجرة مؤثمة موجبة للكفارة ظاهرًا وباطنًا، وفي بعض التعليق عن القاضي أنه يحنث ظاهرًا، وهذا يحال الغلط فيه على المعلق، انتهى.

وأسُلِّم أن هذا الموضع وقع فيه خبط، فقال إبراهيم المروزي: وإذا استثنى في مجلس الحكم لم ينفعه في الظاهر، ونفعه فيما بينه وبين الله في وجوب الكفارة، انتهى.

وإطلاقه يقتضي انعقادها، وإن أسمع القاضي الاستثناء وهو بعيد، ولينزل على ما حكي عن القاضي وعبارة «التهذيب» ولو حلَّفه الحاكم فاستثنى، نظر إن استثنى بقلبه لا يعمل الاستثناء لا ظاهرًا ولا باطنًا، وكانت يمينه يمينًا، وإن

....

استثنى بلسانه ووصله شرطًا لم ينعقد يمينه، وإن تبعه الحاكم عزَّره وأعاد عليه اليمين، وإن وصله بكلام لم يفهمه القاضي أو رآه يحرك لسانه منعه منه، وأعاد عليه، وإن وصله بكلام لم يفهمه القاضي بتخمينه وأعاد عليه اليمين من أولها، فإن قال: كنت أذكر الله، قيل: ليس هذا موضعه، انتهى.

وتبعه صاحب «الكافي» وقال في «تعليقه»: ولو استثنى بلسانه لم تنعقد يمينه، وصحّ استثناؤه، ولو سمع القاضي بذلك عزَّره وأعاد عليه اليمين، انتهى.

وذكر ابن الرفعة في «الكفاية» وإذا استثنى باللسان، فإن سمعه الحاكم نهاه عنه وأعاد اليمين، وإن لم يسمعه أو وصل باللفظ شرطًا يغلبه ونيته انعقدت يمينه، ولم يدفع ذلك إثم اليمين الفاجرة.

ورأيت فيما وقعت عليه من «تعليق» القاضي الحسين: إنه إذا استثنى بلسانه ولم يسمعه القاضي لم تنعقد يمينه وينفعه ذلك؛ لأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام، بخلاف الاستثناء باللفظ؛ لأنه يسمع القاضي وهو ممنوع منه، وإن لم يسمع يكون نادرًا، ولا عبرة بالنوادر، انتهى.

فاقتضى ما في «تعليق» القاضي والبغوي و«التهذيب» و«الكافي»: إنه إذا تلفظ بالاستثناء لا تنعقد يمينه بما سمعه القاضي أم لا، وإن لغرمه الحكم والإثم في الظاهر عند المحاسبة، وكلام الإمام والغزالي والرافعي يفهم انعقادها حالة إسراره الاستثناء، وبين العبارتين تفاوت، ويظهر لذلك ثمرات لا تخفى.

وعبارة الرافعي تفهم أن البغوي فصل بين الاستثناء المسموع وغيره، حيث قال: ولو استثنى أو وصل باللفظ شرطًا بقلبه ونيته أو فعل ذلك بلسانه، ولكن لم يسمعه الحاكم فكذلك، وإن سمعه عزَّره... إلى قوله: كذلك ذكره في «التهذيب».

والذي في «التهذيب» على ما رأيته ما قد سلف، وعبارة الماوردي: فلو قال بعد يمينه: إن شاء الله، أعادها عليه، وكذا لو علقها بشرط أو وصلها بكلام لم يفهمه الحاكم أو قطعها الحالف أو أدخل في أثنائها ما ليس منها

....

أعادها الحاكم عليه من أولها وزجره عليه إن عمد حتى يخلص اليمين من غير استثناء يرفعها أو شرط يفسدها، أو إدخال كلام يقطعها، أو سكوت يبطل ما تقدمها، انتهى.

والظاهر أنه لو استثنى خفيًّا قبله القاضي، وكان الحكم كما لو سمعه في عدم انعقاد اليمين.

واعلم أن إطلاق البغوي ومن تبعه التعزير، إذا سمعه القاضي بعيد غريب لم أره لغيره، نعم ينهاه عنه ويعلمه أنه لا ينفعه لا قد يعتقد جوازه؛ لكونه مخفيًّا باطنًا أو بفعله جهلًا لم يجر على لسانه؛ لكونه عادة له، وإذا احتمل ذلك لم تجز المبادرة إلى تعزيره، فإن عاد وظهر للحاكم اللدد والعناد؛ عزَّره حينئذ.

تنبيهات وتتمات:

منها: ذكرهم القاضي في اعتبار النية مثال لمن له ولاية التحليف من الإمام الأعظم، ووزيره، والمنصوب للمظالم، وأمير الناحية، إذا كانوا ممن له ولاية الفصل بين الخصوم بحيث يصح أداء الشهادة عنده كما سبق في الشهادات، وكذلك من ندبه القاضي للتحليف من ثقاته، وكذا المحكم إذا رضيا بحكمه فيما يظهر.

ومنها: لا خفاء أن موضع اعتبار نية القاضي المستحلف كما أشرنا إليه، حيث يتوجه اليمين شرعًا على المحلف، أمَّا لو حلفه قبل سؤال المدعي ذلك، وقلنا بالمذهب أنه لا يعتد بها، أو حلَّفه بالطلب عن دعوى فاسدة أو ناقصة لا عن اجتهاد أو حنث، لا يلزمه الحلف أو حلفه على نفي العلم، والحال يقتضي تحليفه على البت، وما أشبه ذلك أنه في ذلك يحلف غير الحاكم، والنية فيه نية الحالف والتورية، وإن لم يحنث بها إذا حلَّفه من ليس له ولاية التحليف أو من له ولاية في غير محل اليمين [والله أعلم].

ومنها: سبق بيان نفوذ حكم القاضي الجاهل والفاسق وعدمه واضحًا، وبيَّنا ما قيل فيه، وما حضرنا فراجعه وتأمله مع ما ذكرنا هنا، وهل يعتبر بنية

....

كل من وضع قاضيًا وإن أحل بالأهلية المعتبرة أو ببعضها أم لا يعتبر إلا بنية القاضي العدل الأهل، والظاهر أن كل من نفذ باجتهاده؟ اعتبرنا تحليفه ونيته، ومن لا فلا، والله أعلم.

ومنها: ذكر القاضي الحسين في «الفتاوى» أن المتتابع في اليمين بين يدي القاضي شرط، وإنه [يكون] نقصًا يسيرًا يقع كالفصل بين الإيجاب والقبول، وسبق إطلاق الماوردي أن السكوت يقطعها ويعيدها الحاكم عليه، وما ذكره القاضي ظاهر إذا تابعها القاضي، أمَّا لو لم يتابعها لعذر كرد سلام ونحوه، أو حضر ادَّعى ولم يتفاحش الفعل، ولم يعد معرضًا عن إتمام الكلاَم ومتابعته، فالظاهر الإيجاب، وكذلك لو فرَّق الحالف الألفاظ بحضر أوعى، أو لكنة بأن كان تمتامًا أو قاذفًا ونحوهما، فهذا مطرح لا يقدح في مولاة اليمين.

ومنها: قولهم: لم يدفع إثم اليمين الفاجرة قد يؤخذ منه ما سبق عن أبي العباس الروياني: إنه لو كان عليه ديْن مؤجل، فحلف أنه لا شيء عليه يلزمه توقيره أنه لا يحنث، وحمَّلناه على ما إذا قصد ذلك، ومثله المعتبر باطنًا الذي لا يصدق في قلبه إذا نوى ذلك يكون بارًا وتنفعه التورية، وسبق في التفليس أو غيره نقل ذلك عن المزني وغيره على تفصيل فيه، وإن بعضهم أطلق البر ولم يذكر تورية، وإن بعضهم منع ذلك مع التورية، وأعل بأن الحاكم إذا كان عدلًا لا يحبسه إلا بعد الكشف عن حاله.

واعلم أنه مر في كلام الإمام أو غيره ما معناه: إنه كان الحكم مجرى عليه في الظاهر على خلاف الباطن ولا يصدق لو شرح الحال أنه يجوز له التورية وتنفعه في هذا المحل، وهو واضح.

ومنها: قال الرافعي: إذا ادَّعى حنفي على شافعي شفعة الجار والقاضي يراها فليس للمظلوم أن يحلف بناء على اعتقاده فيها بل عليه اتِّباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي، وهل يلزمه باطنًا؟ وجهان.

وهذا الخلاف كالخلاف في أن الحنفي إذا حكم للشافعي بشفعة الجار هل

....

يحل له أو هو هو؟ وميل الأكثرين إلى الحل، وهو الجواب في «فتاوى» القفال، ويوافقه ما اتفقوا عليه هاهنا من ترجيح اللزوم عن صاحب «التقريب» أن القضاء في المجتهدات ينفذ في حق المقلد ظاهرًا وباطنًا، ولا ينفذ في حق المجتهد باطنًا حتى لو حالف مجتهدًا أو حلف على موجب اجتهاد لم يأثم، انتهى.

وفي «البسيط»: وذكر صاحب «التقريب» أمرًا بديعًا فقال: ينفذ قضاء القاضي على العوام في المجتهدات ظاهرًا وباطنًا، وهل ينفذ في المجتهد المفتي باطنًا؟ فعلى وجهين، وهذا لا وجه له فإن المجتهد لا يقلد غيره فيما هو اختياره، وأمَّا تنفيذ القضاء فلا بدّ منه ولم يزل الخلفاء يقضون على المفتين مع اختلاف المذاهب، انتهى.

وعبارة «النهاية»: وذكر صاحب «التقريب» أمرًا بديعًا لم أره لغيره فقال: القضاء ينفذ ظاهرًا على العوام وإن اختلفت مذاهبهم، فإن كان لمقضي عليه مجتهدًا، وقد خالف مذهبه مذهب القاضي فهل ينفذ قضاء القاضي عليه ظاهرًا على خلاف عقده؟ ذكر في ذلك وجهين:

أحدهما: يُنفذ وهو الذي قطع به الأصحاب.

والثاني: لا ينفذ؛ لأن المجتهد يستقل بنفسه في نظره، وليس له أن يتبع غيره، وليس للغير أن يستتبعه، وهذا عندي في حكم الهفوة التي لا يعتد بها؛ لأن القول به يؤدي إلى خرق منصب القضاء، على أنه مراغمة لما مضى عليه الأولون، فإن أقضية الخلفاء ومن بعدهم كانت تنفذ على أئمة الدين، فلا وجه إلا هذا، وإنما الخلاف في الباطن كما ذكرناه، انتهى.

وجرى الغزالي على هذا التنزيل وتبعه الرافعي. فقال الرافعي: ويوافقه ما اتفقوا عليه هاهنا من أنّ ترجيح اللزوم ممنوع، فإن المجزوم به في «تعليق» القاضي أبي الطيب أنه إنما يعتبر نية الحاكم فيما كان حقًّا عندهما، وأمَّا ما هو حق عند الحاكم كحاكم يرى شفعة الجوار والحالف لا يراها، فيحلف أنه لا يستحق على الشفعة، وسرى على قول نفسه، فإنه يكون بارًا في يمينه، انتهى.

وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حُلِّفَ، وَلَا يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ، وَلَا شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ. وَلَوْ قَالَ مُدَّعًى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يُحَلَّفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ.

ويشبه أن يقال: إن كان يذهب القاضي المستحلف في الواقعة متماسك المأخذ بحيث لا ينقض حكمه فيها، فالعبرة بنيته وعقيدته، وإن كان واهنًا بحيث ينقض حكمه فيها؛ لمخالفته النص أو القياس الجلي، ويكون للحالف العالم بالتوراة، ولا يأثم بها إذا لم يتوسل بها إلى إبطال حق شرعي يلزمه الخروج منه.

فَرْعٌ: في «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: إنه لو كان الحالف أخرس لا يفهم إشارته توقف إلى أن يفهم، فإن قال المدعي: أنا حالف لم يكن له ذلك؛ لأن يمينه تتعلق بنكول المدعى عليه ولم يوجد نكوله، انتهى.

وهذا مشكل إلا أن يكون التصوير فيمن يرجى إفهامه، أمَّا غيره فهو مولى عليه وسيأتي بيان ذلك، ثم رأيت صاحب «الانتصار» قد قال بعد نقله: وقف اليمين إلى أن يفهم إشارته، وهذا فيه نظر، فإنه تأخير الحق لا إلى غاية، ثم ذكر أنه لا يرد اليمين بطلب المدعي؛ إذ لا نكول.

فَرْعٌ: لا ينبغي للقاضي أن يُحلِّف السكران مدعيًا كان أو مدعى عليه حتى يعلم ما يقول وما يقال له، وينزجر عن اليمين الفاجرة، فإن حلَّفه في حال السكر فعلى الخلاف السابق في أنه كالقاجي أو كالمجنون.

قال الرافعي في كتاب «القسامة»: والأظهر الأول، وعن القاضي أبي حامد والماسرجسي ترجيح الثاني، وادَّعى القاضي الحسين أنه الظاهر من المذهب.

قلت: فالقاضي بسكره، أمَّا غيره فكالجنون قطعًا؛ لأنه غير مكلف.

قال: (**وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حُلِّفَ، وَلَا يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ، وَلَا شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ. وَلَوْ قَالَ مُدَّعًى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يُحَلَّفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ**) اعلم أن عبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرها: ومن توجهت عليه دعوى.

قال الشيخ برهان الدين الفزاري وغيره: وهي الصواب، انتهى.

....

والظاهر أن قول «المنهاج»: يمين، سبق قلم، قيل: ويحتمل أنه عن قصد، وإنما عدل إلى لفظة يمين؛ لأنه قد بطلت اليمين من غير دعوى، كما إذا طلب القاذف يمين المقذوف أو وارثه على أنه ما زنا، فإنه إذا ادَّعاه طلب اليمين، أو طلبها من غير دعوى، أجيب إلى تحليفه على الصحيح، وله غرض ألَّا يدعي الزنا؛ لئلا يكون قذفًا ثانيًا، وتناول توجه اليمين بمعنى وجوبها، فمتى توجهت عليه يمين وجبت، لكن قوله: من بعد فأنكر، غير متضح؛ لأن الإنكار يكون بعد الدعوى لا بعد طلب اليمين، إلا أن يريد أنه صمم على الإنكار، انتهى.

وهذا محل لكلامه رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والاختيار يكون هكذا، وأصل هذه القاعدة أن الإمام حكى عن القاضي الحسين أصلًا ضابطًا بما يجري التحليف فيه، قال: فيقال: حد ما يجري التحليف فيه ماذا؟ فعلى وجهين: أحدهما: إن حده أن يدَّعي حقًّا، والثاني: يكفي أن يدَّعي ما لو أقر به لنفع إذا كان لا يؤدي إلى فساد؛ احترازًا من تحليف القاضي والشاهد، انتهى.

وعبَّر عن هذا الأصل بعبارة أخرى، وهي إنما ليس بحق، ولكن يتبع في الحق، فهل تُسمع الدعوى به؟ وجهان، وخرج على ذلك مسائل كثيرة:

منها: إن يدَّعي أنه أقر له بكذا، هل تسمع؟ وأصح الوجهين في «فتاوى» القاضي: السماع، فلو قال: يلزمك تسليم ألف إليَّ من جهة أنك أقررت لي، قال: تسمع وجهًا واحدًا، ولو ادَّعت أنه أقر بطلاقها سمعت في ظاهر المذهب، انتهى.

أو أنه يعلم فسق شهوده أو كذبهم وغيرها مما لا ينحصر وقدمنا صورًا متفرقة في مواضع والترجيح فيها يختلف، وسبق أن الصحيح تحليف المقذوف أو وارثه على عدم زناه، قال ابن القاص: يحلف بالله أنه عفيف، وقال أبو زيد: يحلف أنه ليس بزانٍ، وسبق أنه لو ادَّعى أنه بلغ رشدًا، وأن أباه يعلم ذلك وطلب يمينه لم يحلف على الصحيح، مع أنه لو أقر الأب برشده انعزل، واستثنى من هذا الضابط القاضي المستمر والمعزول والشاهد، فلا يحلفون على خلاف فيه سبق بيانه.

....

واعلم أن الدعوى قد تسمع لغرض إقامة البينة لا للتحليف، كالدعوى على الوصي وقيِّم القاضي، ولا يحلفان، إذ لو أقرَّ ألفًا وحينئذ يستثنيان من الضابط على الوجه الأول دون الثاني.

وسبق أنه لو ادَّعى على القاضي أنّ زوجته مجنونة سمعت دعواه، وعمل بإقرار القاضي به، وإن أنكر لم يحلف، قاله القاضي الحسين.

تنبيهات وفوائد وفروع:

منها: قال الرافعي: الحالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة، وقد قيل: من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر يحلف عليه، ويقبل منه ولا بد من استثناء صور عن هذا الضابط فيؤديها مع ما يخرج منه ويدخل فيه، انتهى.

قيل: هذا خلاف في تحرير الضابط كما هو المتبادر، وظاهر كلام «الروضة» قيل: يحتمل أن العبارة الثانية شرح للأولى؛ لأن الدعوى الصحيحة هي التي لو أقر بمطلوبها ألزم به، أي: بالحق لا بما لا يكون طريقًا إلى الحق ويحتمل أن يريد ما أورده الإمام في عبارته الثانية ويكون مراده بقوله: ألزم به، أي: بمقصوده وهو البيع الذي صرَّح به.

وعبارة الرافعي تشير إلى أنه لم يرد اختلاف المعنى انظر قوله عن هذين الضابطين، وأيضًا فإنه في «المحرر» و«الشرح الصغير» اقتصر على العبارة الثانية مع أن المذكور في «الوجيز» الأولى فقط، فلو كانت ضعيفة عنده أو مخالفة لما في «الوجيز» لما اقتصر عليها، نعم يؤول قوله: ألزم به كما تقدم، وبه يظهر أنه اختاره.

والوجه الثاني في رواية الإمام وهو قوله: والثاني يكفي ما لو أقر به لنفع إلى آخره، أو رأى أن ذلك اختلافٌ في الضبط مع الحاجة إلى الاستثناء في كل منهما، ومثل ذلك لا يعد اختلاف فهاهنا هكذا، قاله بعض محققي العصر رحمهم الله.

....

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ بعد ذكره عن أبي حنيفة أنه لا مدخل عنده لليمين في النكاح والطلاق والفيء والرجعة والولاء والنسب، وعلَّل بأن اليمين للنكول، والنكول يجري مجرى المبدل، وبهذه الأشياء لا يجري فيها البدل، وعندنا كل حكومة تسمع فيها الدعوى، ويقضى فيها بالبينة، فتوجه اليمين فيها على المدَّعى عليه إذا لم يؤد إلى فساد.

عدنا إلى ما وُعِدَ بذكره مما يدخل في الضابط ويخرج منه، فيجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة، وفي المولى وفي العتق والاستيلاد والولاء والنسب وحدود الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى ولا يطلب الجواب؛ لأنها ليست حقًّا للمدعي، نعم إن تعلق به حق آدمي كمسألة القاذف، وكالمسروق ماله، سمعت دعواه للمال، وحلف الخصم، فإن نكل حلف المدعي واستحق المال، ولا قطع؛ لأن حقوق الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة، أي: على الصواب. وإذا أقرَّ بما يوجب الحد وادَّعى شبهة بأن وطئ جارية أبيه وقال: ظننتها تحل لي، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله حلف، أي: كما نصَّ عليه في «الأم» ويسقط بحلفه الحد ويلزم المهر.

قال: وتسمع الدعوى ويجري التحليف في القصاص، وحد القذف، وفي الشتم والضرب الموجبين للتعزير، أي: فيحلف كما روي عن النص أنه ما شتمه هذا الشتم، ولا ضربه هذا الضرب الذي يدَّعيه، قال شريح الروياني: ومن أصحابنا من قال: يحلِّفه ما له عليه بهذا الذي يدعيه شيء ولا حق ولا طلبه، انتهى.

ثم ذكر الرافعي تحليف القاضي المستمر والمعزول والشاهد وسبق بيانه ثم قال: والصبي إذا ادَّعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان صدق ولا يحلف، ومن ادَّعى عليه شيئًا وقال: أنا صبي بعد وهو محتمل لم يحلف، ووقفت الخصومة إلى أن يتحقق بلوغه، وإن وقع في السبي من أنبت وادَّعى أنه استنبته بالعلاج، فإن قلنا: الإنبات بلوغ، فكلامه لغو، وإن قلنا: إنه علامة وهو الأصح والمشهور والمجلي عن النص حلف، وفيه إشكال؛ لأنه يدَّعي الصبا وتحليف

....

من يدّعي الصبا لا وجه له، فقيل أنه ليس بواجب ولكنه نوع احتياط.

وقضية كلام الأكثرين وجوبه، وصرَّح به القاضي الروياني ونفى الخلاف فيه، واعتمدوا في تحليفه على دليل الإثبات، وأطال في ذلك وتفريعه، ثم ذكر أنه لا يحلف الوصي وقيِّم القاضي كما سبق.

نعم لو كان الوصي وارثًا حلف بحق الوراثة، وسن عليه حق يطالب به من زعم أنه وكيل صاحبه، ولا بينة له وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة لم يمكن؛ لأنه لو اعترف بها لم يلزمه التسليم من حيث إنه لا يأمن جحود صاحب الحق والتوكيل، انتهى حاصل كلامه زدناه أشياء يأتي بيانها في فصل مستقل.

ومنها: لو ادَّعت الأمة الاستيلاد وقع في «الشرح» و«الروضة» و«المحرر» و«المنهاج» و«كفاية» ابن الرفعة ما يوهم أن السيد لا يحلف، والصواب أنه إن كَانَتْ الْمنَازَعَةُ لِإِثْبَاتِ النَّسَبِ فَإِنْ كَانَتْ لِأُمِّيَّةِ الْوَلَدِ لِيَمْتَنِعَ مِنْ بَيْعِهَا وَيُعْتَقَ بَعْدَ الْموتِ فَيَحْلِفُ، وقطعوا بتحليفه إذا أنكر الكتابة وكذلك التدبير إذا لم يجعل إنكاره رجوعًا، وفي كلام الرافعي في آخر الفصل ما يزيل الإبهام، ولو صحّ الإبهام لاستتبت المسألة من الضابطين جميعًا قاله بعض المحققين، رحمه الله.

ومنها: عبارة «المحرر» ظاهرة أو مصرَّحة بأنه لا يستثنى من الضابط إلا مسألة القاضي والشاهد، حيث قال: ومن توجهت عليه دعوى لو أقرَّ بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر يحلف عليه حتى يجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والعتق والاستيلاد وغيرها، نعم، لا يحلف القاضي على أنه لم يظلم ولا الشاهد على أنه لم يكذب، ومن ادَّعى فقال: أنا صبي بعد لم يحلف، ووقفت الخصومة إلى أن يتحقق بلوغه، انتهى.

وذكر المصنف ما سبق من عبارته إلى قوله: حتى يبلغ، أي: على المشهور المنصوص؛ لأن تحليفه ينافي قول دعواه أنه صبي، وأمَّا تحليف القاضي والشاهد فقد سبق بيانه في كتاب «القضاء» بما فيه، وسنذكر ما يبين به حصر الاستثناء فيما ذكراه على ما في بعضه من الغرابة والإشكال.

....

فَصْلٌ: سبق الوعد به، قال في «روضة الحكام» في باب ما لا يجب الاستحلاف فيه بعد ذكره: إنه لا يمين في حدود الله، ومسألة القاذف ووطء الابن ابنة أبيه، وصورة التحليف على الشتم والضرب، وكل حق لآدمي لو أقرَّ به لم يتوجه بإقراره حكم، فإذا أنكره لم يحلف وإن كان لو أقرَّ به يلزمه حكم، فإذا أنكر حلف إلا في مسائل.

ثم ذكر مسألة الدعوى على القاضي المعزول أنه حكم عليه بغير حق، وإنه يلزمه ضمان ما أتلفه عليه، وأن النص لا يمين عليه، وسبق بيانه، وإنه لو ادَّعى أنه قتل ابنه حين كان قاضيًا عمدًا فقال: بل قصاصًا فلا يمين عليه، وكذا لو ادَّعى على القاضي أنه قضى بشهادة فساق، وحكى الخلاف السابق فيها، وإنه لو ادَّعى على رجل أنه قتل ابنه فقال: قتلته حين كنت قاضيًا، وعرف قاضيًا فلا يمين عليه على الأصح، وذكر مسألة تحليف الشاهد، وإنه لو قال للقاضي: أنت معزول، أو قال لوصي أو وكيل وإنه يعلم عزله، فهل يحلف على نفي علمه؟ به وجهان، ومال إلى ترجيح المنع، وهو ظاهر في القاضي، وإنه لو ادَّعى على إنسان بعين فقال لابني الصغير: لم يحلف، وقيل: فيه قولان، وأنه لو ادَّعى عليه شفعة في دار فقال: هي لابنه الصغير في حجره وما اشتريتها لم يحلف، وكذا لو قال: لابني الصغير واشتريتها له، لم يحلف، ولم يحكم للمدعي إلا أن يقيم البينة، ولو قال: اشتريتها لولدي الصغير كان إقرارًا بالشفعة، وأنه لو أقرَّ أن ابنه الصغير صار بالغًا رشيدًا لم يكن لأحدهما ضمنه فيما يتعلق بالابن ولا تحليف للأب على ذلك.

قلت: ولا يصير الابن رشيدًا بذلك بل لا بد من بينةٍ في رشده، وإنه لو طلب الإمام الساعي بما أخذ من الزكوات فقال: لم آخذ منهم شيئًا، فلا يمين عليه، وإن أقرَّ بالأخذ لزمه، كذا حكاه أصحابنا، وقال بعضهم: يلزمه اليمين، وإنه لو كان لميت ابنان أحدهما صغير فادَّعى مدع أنه ابن الميت، فأنكر الكبير، قال ابن القاص: المنصوص: إنه لا يحلف؛ لأنه لو أقرَّ لم يلزمه حكم، وكذا لو كانا كبيرين فأنكرا لم يحلف واحد منهما، قال جدي: وفيه نظر.

....

قلت: الوجه تحليفهما ولعلَّ المراد أنه لا يحلِّف واحدًا منهما بمفرده؛ إذ إنه إذا حلَّف أحدهما امتنع تحليف الآخر، أمَّا لو أقر أحدهما فالصواب تحليف الآخر قطعًا.

قال: ومن أصحابنا من قال: تحليف الكبير؛ لأن للمدعي فيه فائدة خاصة إن اعترف توصل به إلى يمين الصغير إذا بلغ، وإنه لو ادَّعى رجلان عليه متاعًا فأقرَّ به لأحدهما ففي تحليفه للآخر قولان:

أحدهما: لا؛ إذ لو أقر لم يلزمه غرم.

والقديم: يحلف ولو أقرَّ لزمه الغرم، ولو أقرت لأحد مدعي نكاحها وأنكرت الآخر، ففي تحليفها له قولان، وإنه لو ادَّعى الإبراء أو الاستيفاء وأن وكيل رب الدين يعلم، قال ابن شريح: له إحلافه على العلم، وقال ابن القاص: إذا قال: لا حقَّ لموكلك وأنت تعلم، لا تُسمع دعواه، ولا يمين عليه، وإنه لو ادَّعى أنه وكيل فلان في الخصومة عنه، أو وصيه، وأن المدعى عليه يعلم ذلك، قال ابن القاص: يحلف، وقال غيره: لا تحليف؛ لأنه في حق ثالث، وإنه لو قال الوكيل بقضاء الدين: قد قضيته فأنكر صاحب الحق والموكل لم يحلف الموكل، وإنه لو ثبت لزيد ديْن على عمرو فادَّعى زيد على خالد أن الثبوت الذي في يدك لعمرو، فأنكره وادعاه لنفسه لم يحلف؛ إذ لو وجبت اليمين ربما ينكل فترد على المدعي فيحلف، فيؤدي إلى ثبوت الملك للغير بيمينه، ولو رام إقامة البينة عليه لم تسمع، وإنه لو ادَّعى البائع أن ما باعه كان مستحقًا وأقام بينة لم تسمع، وإن أراد تحليف المشتري إن قلنا اليمين المردودة كالإقرار حلف، فإن نكل المشتري حلف البائع، وإنه لو قسَّم الحاكم المال بين الغرماء فظهر غريم آخر، وقال لأحد الغرماء: ما أنت تعلم وجوب ديني، وطلب يمينه لم يحلف، ذكره العبادي، وإنه لو ادَّعى اثنان وديعة في يده فاعترف لأحدهما، ففي تحليفه للثاني قولان، فإن قلنا: يحلف ونكل، وحلف الآخر فأقوال:

أحدها: يُقسَّم بينهما.

....

والثاني: توقف في يده، وقيل: تنزع منه وتحفظ.

والثالث: تعلم للأولى وتغرم للثاني، وإن قال: هي لأحدهما وادَّعى كل منهما علمه حلف على نفي العلم أنه لا يعلم المالك، فإن نكل حلفا وأخذاه، ويُحلِّف الحاكم أيهما شاء أولًا، وإن قال: لا أعرف أنها لهما أو لأحدهما حلف لهما على علمه، فإن نكل لا يحلفان، وعليهما البينة، ولا تنزع من يده قاله القسم، وفيه قول مخرَّج: أنهما يحلفان؛ إذ لا يدع سواهما، وفي كيفيته وجهان:

أحدهما: إلى اجتهاد الحاكم يبدأ بيمين من شاء.

والثاني: يقرع بينهما.

وإنه لو ادَّعى على قاسم الحاكم أنه غلط لم يحلف، أو على وارث الشفيع أنه سلم شفعته قال ابن القاص: له تحليفه أنه لا يعلم ذلك، وقال غيره من أصحابنا: لا يمين عليه، انتهى ما يخص من كلامه.

وطرحت أشياء وأكثرها، وغالب ما ذكره مفرَّق في الأبواب ومبيَّن فيه الراجح من غيره.

وقال الشيخ أبو الحسن الدبيلي في باب ما لا يجب اليمين فيه: لا تسمع الدعوى في حقوق الله المحضة كالزنا والشرب والكفارات بأن يقول: لزمتك كفارة في جنايتك أو في قتل أو جماع في نهار رمضان صائمًا عامدًا أو في حجك وما أشبه ذلك من حق، أو حد يمين عليه.

قلت: يشبه أن يجيء في الكفارات المالية والنذور خلاف الجزم بالتحليف إذا انحصر المستحق.

وإنه لو اكترى من يحج عن أبيه فقال الأجير: حججت، قبل قوله، ولا يمين عليه ولا بينة؛ لأن تصحيح ذلك بالبينة لا يمكن، والمرجوع إلى الأجير، كما لو طلَّق امرأته ثلاثًا قالت: تزوجت زوجًا ودخل بي وطلقني، واعتدّت، قيل: فيها ولا بينة عليها ولا يمين، وإن قال للأجير: قد جامعت في إحرامك

....

فأفسدته لم يحلف أيضًا، ولا تُسمع هذه الدعوى، فإن أقام بينة أنه جامعها محرمًا بعرفات يوم عرفة أو قبل الوقوف بعرفة فقال: كنت ناسيًا قُبل منه ولا يمين عليه، وصحّ حجه، واستحق الأجرة. وكذا لو ادَّعى عليه أنه أحرم بعد عبوره الميقات، أو قتل صيدًا في إحرامه، أو في الحرم وما أشبه ذلك لا يحلف؛ لأنه من حقوق الله، وهو أمين في كل ذلك، وإنه لو مات الأجير للحج فقال وارثه: قد حج ثم مات، فقوله مقبول كقول الأجير.

قلت: والوجه تحليفه في دعواه الحج، وعدم الجماع، وكونه ناسيًا بناء على ما سبق أنه الصحيح؛ إذ لو اعترف بذلك لا ينفع به المستأجر، والصواب تحليف وارثه في الصورة الأخيرة، وقد يتخيل الفرق بين أن يروم وارث الأجير بذلك منع رد الأُجرة بعد أخذ الأجير لها وبين طلبها من المستأجر، وأمَّا تحليفه على مجاورة الميقات ونحوها فإن قُبِل يحط شيء من الأجرة، كذلك اتجه تحليفه وإلا فلا، وعلى قياسه أنه لو استأجر من يصوم عن ميته كما سبق فادَّعى الصوم عنه أنه لا يحلف سواء رام بذلك منع رد الأجرة أو أخذها من المستأجر، والله أعلم.

وإنه لو قال: إن حججت عن أبي هذه السنة فلك كذا قال بعدها: حججت، لم يقبل قوله إلا ببينة، فإن أنكر الوارث حلف أنه ما يعلم أنه حج عن أبيه هذه السنة، قال: لأنه لما لم يقبل من الحاج الحج إلا ببينة ألزمنا المنكر اليمين.

قلت: أسلف أن تصحيح الحج بالبينة لا يمكن وجعله هنا تمكنًا، وهذا متناقض، اللهم إلا أن يريد بالبينة هنا أنه روي هناك في مواطن الشك في السنة المعينة لا أنه حج عنه، وهذا فقه غريب، وذكر أشياء على وجه ضعيف وجزم بها:

منها: لو اشترى وكيل سلعة ثم رام ردها بعيب، قال: فليس للبائع تحليفه أنه ما رضي بها الوكيل، والصحيح خلافه.

واعلم أن أصل الباب الحديث السالف: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى**

وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً حَكَمَ بِهَا. وَلَوْ قَالَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً؛ فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ.

الْمدَّعَى عَلَيْهِ»[1] وفي رواية: «**الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[2] ونقل أبو علي الكرابيسي إجماع المسلمين على ذلك فهذا أصل في أن كل مدعى عليه منكر يحلف، وكل ما يستثنى من ذلك يحتاج إلى دليل وتحليف من لو أقر يقع إقراره.

فَرْعٌ: لسماع الدعوى عليه فإن سمعت اندرج في الحديث وإلا فلا، قال البغوي في «التعليق»: التحليف عندنا مشروع، وهو مطرد في جميع الأشياء للحديث، ثم أشار إلى استثناء صور من ذكرها.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: إنه لو نكح العبد ثم ادَّعى الإذن على السيد حلف، ولو جاءت المرأة وطلبت يمين السيد يحلف لها، فللعبد أن يطلب يمينه أيضًا فربما يقر أو ينكل فيحلف العبد ويؤدي حقوق الزوجة من مكاسبه.

وإنه لو ضمن لرجل ألف درهم ثم جاء المضمون له إلى سيده وطلب يمينه على أنه لم يأذن له في الضمان أحلف له، فإن حلف بقي ذلك في ذمة العبد، والعبد أن يحلف السيد أيضًا ليسقط الضمان عن ذمته، أي: بأداء الديْن بأجزاء من كسبه، وذكر صورًا يأتي ذكرها آخر الباب ـ إن شاء الله تعالى ـ فأكثر ما سقناه تضمينه قولهم: ومن توجهت عليه دعوى . . . . إلى آخره، وإنما أجبنا التنصيص عليه إيضاحًا وجدادًا من عناد جاهل أو حائد.

قال: (**وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً حَكَمَ بِهَا. وَلَوْ قَالَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً؛ فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي مُكِّنَ فِي الأَصَحِّ**) فيه ثلاث مسائل:

الأولى: فائدة اليمين وحكمها انقطاع الخصومة في الحال، لا سقوط الحق وبراءة الذمة؛ لحديث ابن عباس: «**إن النبي ﷺ أمر رجلًا بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه كأنه عرف كذبه**»[3] فدلَّ على أن اليمين لا توجب

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد (٢٧٤٧).

....

براءة، رواه أبو داود والنسائي، وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

وأمَّا قول إمام الحرمين فقد صحّ أن النبي ﷺ قال في مثل ذلك: «**الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ أَحَقُّ مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ**»[1] فغريب، نعم روي عن عمر رضي الله عنه.

قال الماوردي: ولم يظهر له مخالف، ويروى مسندًا من طريق لا طلبت.

الثانية: إذا أقام المدعي بينة بعدما حلف المدعى عليه سُمعت وقضي بها قياسًا على إقرار المدعى عليه بعد حلفه، وكذا لو ردت اليمين على المدعي ونكل ثم أقام بينة، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة، أمَّا لو قال: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، أو قال: أصلًا، واقتصر على النفي، فيه خلاف سبق، والأصح السماع.

وذكرنا هنا صورًا كثيرة فراجعها ففيها فوائد، وقدمنا أنه لو قال لي بينة حاضرة ولكن أريد تحليفه حلَّفه القاضي على المشهور.

وحكى الماوردي فيه وجهًا.

قال الرافعي: وفي «فتاوى» القفال: إنه لا يجب على القاضي تحليفه، بل يقول: أحضر البينة، كذا ذكره هنا.

ولفظ «الفتاوى»: قال لي بينة حاضرة، وطلب تحليف المدعى عليه، من أصحابنا من قال: على الحاكم تحليفه.

قال القفال: والصحيح عندي: إنه لا يجب على الحاكم تحليفه، بل يقول: أحضر البينة، وعلى هذا لو كانت البينة حاضرة، أي ـ في مجلس الحكم ـ فقال: حلِّفه لعله يُقر ولا يجوز وجهًا واحدًا، وكذا لو أقام بينة فقبل أن يحكم، قال: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، لم يسمع منه إلا أن يريد أن بينته باطلة، انتهى.

وظاهر هذا الكلام أن مجرد قوله: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، لا يقدح في البينة بمجرده، وحكى الرافعي بعد هذا الموضع تعليلًا مما جمع من

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧).

....

«فتاوى» القفال: إنه لو أقام المدعى عليه بينة، ثم قال: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، كانت بينة باطلة، ووجهه بأنه كالمعترف بأن بينته مما لا يجوز الحكم بها، زاد في «الروضة»: قلت: هذا مشكل فقد يقصد تحليفه؛ ليقيم بعده البينة، انتهى.

وهذا عجيب؛ إذ الغرض أنه أقام البينة، والظاهر أن كلام القفال حصل في تَعلله خلل، وصوابه ما قدَّمته.

فروع: لو أقام بدعواه بينة ثم قال: كذب شهودي، أو شهدوا مبطلين، سقطت بينته لا محالة، ولا تبطل دعواه على الأصح، وبني على الوجهين، ما لو أقام شهودًا، فزعم الخصم أنه اعترف بأن شهوده كَذِبة فأقام عليه شاهدًا واحدًا، ورام الحلف معه هل يجاب؟ إن قلنا: هذا الإقرار لا يبطل الدعوى فلا؛ إذ الغرض الطعن في الشهود، وذلك لا يثبت بشاهد ويمين بحال، وإن قلنا: إنه يبطل أصل الدعوى يكون أداء المقصود هنا إسقاط الدعوى بالمال، فأشبه ما لو ادَّعى الإبراء، فإنه يثبت بشاهد ويمين.

قال الرافعي: ومما جمع من «فتاوى» القفال وغيره: أقام شاهدين أن هذه الدار ملكه ورثها من أبيه، فأقام المدعى عليه شاهدين، أن شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين في هذه الحادثة، أو أنهما ابتاعا الدار منه، اندفعت شهادتهما، انتهى.

ووقع في «الروضة» عبارة عنه: أقام شاهدين في حادثة، وكانا ابتاعا الدار منه بطلت شهادتهما، وفي نسخ: ابتاعا، ويشبه أنه سقط من نسخ بالأصل من قوله: شاهدين... إلى قوله: شاهدين، فأصلحوه على ما ذكروا: أقام شاهدين أنها ملكه، وأقام خصمه شاهدين على أن شاهدي المدعي قد قالا: لا شهادة لنا في ذلك، سألتما الحاكم متى قالا؟ فإن قالا: قالاه بالأمس أو منذ شهر لم تندفع شهادتهما بذلك؛ لأنهما قد لا يكونان شاهدين، ثم يصيران شاهدين، فإن قالاه بالأمس أو منذ شهر لم تندفع شهادتهما، قالا: حين قصد بالإقامة الشهادة اندفعت شهادتهما.

....

وسبق عن أبي العباس الروياني أنه لو قال: لا شهادة عندي لفلان ثم شهد وقال: كنت نسيت، فهل تقبل؟ وجهان.

وجزم القاضي الحسين في «الفتاوى» أنه لو قال بين جماعة: لست بشاهدٍ في أمر كذا، أو ما أشهدني أحد عليه، ثم جاء فشهد في تلك الخصومة، ليس له ذلك، ولا تقبل شهادته، انتهى.

وسبقت هنا في «الغنية» فروعًا تبعًا للرافعي سبقت في محلها.

الثالثة: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه من الحاكم، فقال المدعى عليه للحاكم: قد حلفتني على هذا مرة بالتماسه، فإن ذكر القاضي ذلك لم يحلفه، ومنع المدعي مما يرويه، وإن لم يذكر حلَّفه ولا ينفع فيه إقامة البينة لما سبق أنه إنما يعتمد علمه بحكمه السابق منه لا البينة.

وقال ابن القاص: تسمع هاهنا.

قال الرافعي: وحقه أن يطرد في كل باب.

وقال ابن الرفعة: إنه طرده، وأخذه من قوله في «أدب القضاء»: تقبل البينة العادلة، قلته تخريجًا على مذهب الشافعي، وذلك أنه لو قال في «أدب القضاء»: فإن خاف النسيان يأمر من حضره من العدول يتوقع شهاداتهم في المحضر، فإن ذكر وإلا شهد عليه من تُقبل شهادته، انتهى.

وذكر الرافعي هناك ذلك عن تخريج ابن القاص وهو قد فهمه عن النص وأوله غيره كما سبق وإن قال: قد حلفني عند قاض آخر وأطلق وأراد تحليفه عليه فوجهان:

أصحهما: يمكن؛ لأن ما ذكر محتمل غير مستبعد ولا يسمع مثل ذلك من المدعي قطعًا للتسلسل.

والثاني: المنع؛ إذ قد يدَّعي المدعي أنه قد حلفه على أنه ما حلفه، وهكذا فيدور الأمر، وحكاه الهروي عن ابن القاص، وتبعاه عليه، وهو سهو، والذي أورده في «أدب القضاء» الأول كما بينته في «الغنية» والقائل الأول قطع الدور.

....

قال ابن القاص: لأن ذلك يطول إلى غير نهاية، والمدعي أحق بقطع المارة؛ لأنه الطالب، فعلى هذا إن حلف أنه ما حلَّفه فذاك، وإن حلف هو وتخلص عن الخصومة، وله في هذه الصورة إقامة البينة أنه حلفه، ويتخلص من الخصومة، فلو رام أن يحلف يمين الأصل لا يمين تحليف المردودة عليه.

قال البغوي: ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى؛ لأنهما الآن في دعوى أخرى، ولو استمهل ليقيم البينة بذلك قال الرافعي: فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثًا.

قلت: وبه صرَّح الروياني وابن القاص، ولفظه في «أدب القضاء»: وإن استنظره لإقامة البينة على يمينه أنظره القاضي مجلسًا واحدًا على ما يراه، وأكثره ثلاثًا، وعن القاضي الحسين قال: أرى ألَّا يُمهل أكثر من يومٍ كالمراوغ المتعنت، انتهى.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي عن القاضي الحسين: إنه يمهل قدر ما يحضر البينة وفي زماننا لا يمهلونه؛ لأنه يشبه التعنت، وقال في كره: يمهل يومًا واحدًا.

إشارة: يشبه أن يقال: إذا أطلق أنه حلَّفه مرة أن يستفسر؛ لأنه قد يظن أن التحليف فيما بينهما كتحليف الحاكم، ولا سيما إذا كان خصمه لا يتفطن لذلك ورده.

فروع: ادَّعى عليه دارًا فقال المدعى عليه: إنك قد حلفت لي، أو قال: تابعي على هذا مرة.

قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: تسمع الدعوى حتى لو أقام بينة عليه برئ عن دعواه، قالا: فيحلف المدعي على ذلك، فإن حلف فذاك، وإن نكل حلف المدعى عليه، وتسقط دعواه.

قال: وكذلك لو أقرّ رجل بدار في يده لإنسان فجاء رجل وادَّعى بها على المقر له فأجابه: بأنك حلَّفت الذي أقر لي بها، فتُسمع دعواه وله تحليفه، ولو

....

أقام بينة تسمع، وإن نكل المقر له أن يحلف أنه حلَّفه، هذا إذا ادَّعى مقرًا بأن هذه الدار ملكي منذ كذا، ولم تكن ملكًا لمن تلقيت منه، فأمَّا إذا ادَّعى مطلقًا فلا يقبل قول المدعى عليه: بأنك حلَّفت من تلقيت الملك منه؛ لأنه يدعي ملك الدار من المدعى عليه لا ممن تلقى هو الملك منه.

ادَّعى عليه مالًا فأنكر وحلف فجاء المدعي بعد أيام وقال: حلفتك يومئذ؛ لأنك كنت معسرًا، ولا يلزمك تسليم شيء إلي، وقد أيسرت الآن فهل تسمع، فيه وجهان أرسلهما البغوي وغيره:

أحدهما: نعم، ويحلف المدعى عليه لإمكانه.

وثانيهما: المنع؛ لأنه لا بيناها، زاد المصنف: والأصح السماع إلا إذا تكرر، وسبق أنه لو قال: لا شيء له على هذا اليوم، وحلف أن له تحليفه غدًا، ولو قال: لا يلزمني هذا المال في شهر كذا حلف على ذلك، ثم لا يطالب قبل الشهر المذكور إذا امتنع المدعي من تحليفه، ثم أراد تحليفه بالدعوى السابقة جاز؛ لأنه لم يسقط حقه عن اليمين، قاله الرافعي مقتصرًا عليه.

وسبق عن الإمام أنه قال: حق على القاضي أن يقول للمدعي: أحلف خصمك إن أردتَّ، وإلا فاقطع طلبك عليه واترك رفعه إلى مجلس الحكم.

قلت: ويتأكد هذا إذا تكررت منه الدعوى عليه لما فيه من الأضرار، وذكر الإمام أنه لو أقام عليه شاهدًا فله أن يقول للمدعي: حلفني واحلف وخلصني.

لو قال: أبرأتك عن اليمين سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه، قالوه في «الحاوي» و«المهذب» و«التهذيب» ويظهر أن يأتي فيه ما قاله الإمام عند طلب المطلوب فصل الخصومة.

وسبق عن بعض أصحابنا أنه لو قال المدعى عليه للقاضي: سل هذا المدعي هل له علي دعوى غير ما يدعيه الآن؟ فإني أريد سفرًا ولا آمن أن يدعي علي دعاوى في حياتي أو مماتي، أنه ينبغي للقاضي أن يأمره بجميع دعاويه ليجيب عنها، وحينئذ يجوز أن يقول للمدعي: أنا لا أقنع بالإبراء من

وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمدَّعِي وَقَضَى لَهُ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ.

التحليف اليوم؛ لأنه غدًا يستعدي علي ويعطلني، ثم لا يحلفني، ولا يقيم بينة ويبرئني من اليمين، أو يمتنع من تحليفي ثم يفعل في ذلك إلى ما لا نهاية له، ولما حكى ابن الرفعة ما سبق عن «التهذيب» و«المهذب» قال: ويظهر أن ذلك مبني على مذهب العراقيين الذي سنذكره، أمَّا إذا قلنا بمذهب المراوزة فيظهر أنه لا يسوغ له الدعوى ثانيًا، انتهى.

وربَّما سبق في القضاء فروع كثيرة بما يجر فيه، وسيأتي زيادة بيان في امتناع المدعي من التحليف.

قال: (**وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمدَّعِي وَقَضَى لَهُ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ**) إذا أنكر المدعى عليه فعرضت عليه اليمين بشرطه فنكل عنها لم يقض عليه بنكوله عندنا، وسيأتي صور يقال: إنه يقضي فيها بنكوله للضرورة وإذا لم يقض بالنكول ردت اليمين على المدعي إذا كان الحق له، فإذا حلف قضى له.

وقال أبو حنيفة وأحمد: يقضى بالنكول، واستثنى أبو حنيفة القود في النفس، ووافقنا مالك، لكن فيما يثبت بشاهد ويمين وما لا يثبت بهما لا ترد اليمين فيه، بل يجلس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لنا قوله تعالى: ﴿أَوْ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْۗ﴾ [المائدة:١٠٨] أي: بعد الأيمان الواجبة، قاله الماوردي وقال: إن رد اليمين إجماع الصحابة، ثم ساق فيه الآثار المشهورة عن عمر وعثمان وغيرهما رضي الله عنهم.

ثم قال: وهذا مستفيض بين الصحابة لم يظهر فيهم مخالف، قبلت أنه إجماع واعتمد جمهور أصحابنا حديث ابن عمر: «**إن النبي ﷺ رد اليمين على صاحب الحق**»[١] رواه الحاكم وقال: صحيح الإسناد، واحتج به البيهقي في «الخلافيات».

قال الماوردي: وذكره أبو الوليد في «المخرج» والدارقطني في اليمين مع الشاهد، وقد روى الشافعي تحويل اليمين إلى المدعي عن مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في قصة مشهورة، قال أصحابنا:

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي: احْلِفْ، فَيَقُولُ: لَا أَحْلِفُ.

والنكول كما يحتمل أن يكون تحرزًا عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون موزعًا عن اليمين الصادقة، كما فعله عثمان وغيره، فلا يقضى مع التردد والاحتمال.

تَنْبِيهٌ: قال الرافعي: فلو لم يعرف المدعي تحويل اليمين إليه بنكول المدعى عليه عرفه القاضي، وتبين له أنه إن حلف استحق.

قلت: فهذا يفهم الميل وتلقين الحجة، وقد يظن أنه أشد من تعريف المدعي الدعوى الصحيحة.

وعبارة البغوي: وإن لم يعلم المدعي أن اليمين صارت إليه قال له القاضي: أتحلف وتستحق، وهي أخف، وحسن أن يقتصر على قوله: أتحلف أنت فيه يحصل الغرض من ذلك.

قال: (**وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي: احْلِفْ، فَيَقُولُ: لَا أَحْلِفُ**) إذا قال القاضي للمدعى عليه: قل بالله، أو أحلف بالله حين يتوجه اليمين عليه بشرطها، فقال: أنا ناكل ولا أحلف، وهو عارف ـ يعني النكول ـ ردت اليمين على المستحق الأهل للحلف، وقضي له كما سبق لما بيناه.

قال الغزالي: ولا يحتاج في هذه الحالة إلى قضاء القاضي بالنكول، حتى لو قال المدعى عليه بعد قوله: لا أحلف، أو أنا ناكل، ثم يجد إليه سبيلًا، وهذا ما أبداه الإمام لنفسه هنا، وذكر في الإقرار عن رواية شيخه عن بعض الأصحاب، ولم يحك الرافعي عن رواية الإمام سواه، وقال: إن غيره وافقه فيه، والذي صدر به الإمام كلامه في كتاب «الإقرار»: إنه لو أراد بعد قوله: نكلت عن اليمين، أو كنت أحلف الحلف كان له ذلك ما لم تجر القضايا بالنكول.

وحكى الرافعي مثله عن البغوي فيما إذا قال القاضي: أحلف بالله، فقال: لا أحلف، وقال البغوي في «تعليقه» هنا: ولو أن المدَّعى عليه أراد أن يحلف بعد نكوله ينظر، إن كان ذلك قبل عرض الحاكم اليمين على المدعي له ذلك، وإن كان بعده لم يكن له ذلك، ولا فرق في هذا بين أن يعرض عليه مرة أو مرات، انتهى.

فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ، وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ حُكِمَ بِنُكُولِهِ.

وذكر إبراهيم المروزي نحوه.

قال ابن الرفعة: واتفق الكل على الاحتياج إلى القضاء بالنكول عند عرض اليمين عليه، فلم يلفظ بأنه ناكل أو ممتنع.

قال الإمام: ولا يجوز له الأصحاب، أي: يتحقق النكول إذا قال القاضي للمدعى عليه: أحلف بالله، فإذا امتنع إذ ذاك يقضى بالنكول، ولو قال له: أتحلف، فامتنع، فقد قال القاضي: لا حكم لهذا الامتناع؛ لأنه لم يأمره باليمين، بل استشاره فيها مستفهمًا أيهما.

وقال إبراهيم المروزي: عرض اليمين أن يقول له: قل بالله، فإن قال: أما تحلف؟ لم يكن هذا عرضًا لليمين، حتى لو لم يحلف لا يقضى عليه بالنكول، وعلَّله بما سبق، وقد يتخيل فرق بين أن نكول المدعى عليه ونكول المدعي.

قال: (**فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ**) إذا حلَّف القاضي المدعى عليه فلم يحلف إلا بلفظ بأنه ناكل أو ممتنع فسكوته نكول، كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء كالإنكار، وقد بيناه من قبل، وقدمنا قريبًا الكلام في سكوته ولومه عن دهش أو غباوة أو غيرها عن الإمام، وتابعه الغزالي وغيره.

وقال شريح الروياني: إذا قال: أحلف خصمي صار ناكلًا، ويقال للمدعي: أحلف، ذكره العبادي.

قال: (**وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ حُكِمَ بِنُكُولِهِ**) أي: وقول القاضي للمدعي بعد امتناع المدعى عليه من الحلف صريحًا أو سكوته عنه كما بيناه: أحلف، نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدعى عليه ناكل، وهل يقوم إقبال القاضي على المدعي ليقول له: أحلف مقام الحكم بالنكول، حتى لو أراد المدعى عليه أن يحلف بعد ذلك لم يجب؟ فيه وجهان:

الذي قطع به القاضي الحسين جوابه في الكرَّة الثانية: المنع من عوده إلى اليمين، قال المروزي: لأن إقباله على المدعي حُكم بالنكول ضمنًا، قال:

....

والثاني له ذلك؛ لأنه لم يقض بنكوله صريحًا ولا ضمنًا، انتهى.

وسبق تفصيل البغوي بين ما قبل العرض على المدعي وما بعده، ثم قال: وقد قيل: إنه إذا قال الحاكم للمدعى عليه: حكمت عليك بالنكول، أو أقبل بوجهه على المدعي ليس للمدعى عليه أن يحلف، وقال الأصحاب: إن له ذلك قبل العرض على المدعي، قال: ويمكن أن يقال: إذا قال: حكمت عليك بالنكول ليس له ذلك كما تقدم في هذه الحالة، أو يقضي بالنكول عند عرض اليمين عليه ما لم يظهر له ذلك منه، حتى لو جوَّز أن يكون امتناعه عن دهش، أو كان يقدر أنه لم يفهم عرض اليمين لغباوة وعدم أُلفة بمراسم الخصومات، وليس له أن يقضي بالنكول، فإذا ظهر له امتناعه، فإن أكد بالتكرير فحسن، فإن أراد ألَّا يكرر فلا عليه، وبما يستحسنه أن يعلمه أنه يقضي بنكوله لو تمادى على امتناعه، فلو لم يعلمه ذلك وظهر له امتناعه، ولكن كان المدعى عليه لا يدري أن امتناعه مع القضاء يوجب رد اليمين فعلى القاضي أن يقضي بنكوله ويرد، أم شرط القضاء بالنكول إعلامه موجب نكوله؟ هذا فيه احتمال ظاهر، والأوجه أن قضاءه بالنكول ينفذ، وإن لم يعلمه حكم النكول، انتهى.

قال ابن الرفعة: ويقوم مقام حكم الحاكم بالنكول إذا احتجنا إليه، وقول القاضي للمدعي أحلف أو أتحلف في «البحر» أن قول القاضي للمدعي أتحلف لا يمنع المدعى عليه من الحلف وأنه الأظهر، وذكره القاضي الحسين في «تعليقه» وجهه بأنه لم يأمره باليمين بل استشاره فيها مستفهمًا، وهذا ما ذكره في «البسيط» عن الأصحاب فقال: قال الأصحاب: إنما يتحقق النكول إذا قال القاضي: أحلف، فقال: لا أحلف، فلو قال القاضي: أتحلف، فامتنع لا يكون نكولًا؛ لأنه لم يتوجه اليمين بعد وإنما هذا استفهام، وهذا ما أورده الرافعي عن الإمام ثم قال في آخره:

فَرْعٌ: نقل الروياني في «جمع الجوامع»: إن قول القاضي للمدعي: أتحلف أنت، كقوله: أحلف، حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك.

....

قال: وعندي فيه نظر، وسكت الرافعي على ذلك، وقد بينا أنه وجه وأن الروياني صحح خلافه وجزم به غيره، انتهى.

وكلامه مصرَّح أو كالمصرح بأن الكلام في قول القاضي للمدعي: أحلف أو أتحلف، والذي رأيته في «النهاية» و«البسيط» واللفظ «للنهاية» قال: وغيره يقول الحاكم للناكل: إن لم تحلف رددت اليمين على خصمك، وأوجبت المال عليك بقوله ثلاثًا استحبابًا، وعن ابن سريج أنه يتبين للناكل ويتأنى في أمره حتى يصح نكوله، ثم اليمين على صاحبه، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن أصحابنا اختلفوا فيما يستقر به نكوله على وجهين:

أحدهما: يستقر بإعلامه ولو مرة واحدة.

والثاني: وهو قول أهل العراق يعني المخالفين لأصحابنا: إنه لا يستقر حتى يعرض عليه ثلاثًا، انتهى.

وبالأول أجاب الجمهور، إذا كان المدعى عليه لا يعرف معنى النكول كالعوام، قال القاضي الحسين وغيره: فيجب على القاضي أن يعلمه بأنك إن نكلت تعرض اليمين على المدعي ويحلف ويستحق عليك الدعوى، ويقرب منه قول الماوردي: إنه إذا لم يعرف حكم النكول وجب على القاضي أن يعلمه حكمه، وأنه يوجب رد اليمين على المدعي ليحكم له بيمينه، وإن عرف حكم النكول استغنى القاضي بمعرفته عن إعلامه، ولكن يقول له: إن أقمت على امتناعك جعلتك ناكلًا، انتهى.

ولو اشتبه أمره على القاضي الحسين فهو كما لو كان عارفًا بحكم النكول فلا يجب ذكره بل يستحب.

قلت: وفيه نظر؛ إذ الأصل عدم العلم، وما سبق عن ابن سريج يؤيد ذلك، نعم، كلام بعضهم يفهم أن تبين حكم النكول مستحب من غير تفصيل، فمن ذلك قول صاحب «المعتبر» تبعًا للجويني: وإذا سكت المدعى عليه لما استحلف أخبره القاضي أن سكوتك نكول، كما أن سكوتك عن جواب

....

المدعي جحود، فعسى أن يكون جاهلًا به، وهذا التعريف ليس بغرض ذلك ولكن لا يحسن في المجلس ما يشبه الخديعة، فاستحب ذلك وفقًا لهذه الشبهة، انتهى.

ومن ذلك قول الإمام: ومما يستحسنه أن يعلمه أنه يقضي عليه بنكوله لو تمادى على امتناعه إلى آخر كلامه السابق، وأطلق الغزالي في «البسيط»: إنه يجب على القاضي أن يفهمه على حكم نكوله، فإنه ربما إذا عرف العرض على المدعي لمجرد الإقبال بوجهه فلا، انتهى.

وفي «الحاوي»: إنه لو امتنع عن اليمين أو قال: قد نكلت عنها، أو لست أحلف، نقل وجهين:

أحدهما: لا يرد على المدعي إلا بعد أن يقول للمنكر: قد حكمت عليك بالنكول لما فيه من الاجتهاد، فإن ردها عليه بالنكول، انتهى.

وفي «روضة الحكام» قال الشافعي ـ يعني في «المختصر» ـ: لو رد المدعى عليه اليمين فقلت للمدعي: أحلف، فقال المدعى عليه: أنا أحلف، لم أجعل له ذلك.

قال جدي: وهذا يفيد أنه إذا قال الحاكم للمدعي: أحلف، كان حكمًا منه بتحويل اليمين.

قال جدي: ومن أصحابنا من قال: لا بدّ من قول الحاكم: حولت اليمين، أو رددت، أو حكمت بالرد، أو يقبل على المدعي ويقول أحلف، انتهى.

ويخرج مما سقناه وجوه.

فروع وتتمات: قال الأصحاب تبعًا لابن القاص: يستحب للحاكم تكرار عرض اليمين على المدعى عليه ثلاثًا قبل القضاء عليه بالنكول.

قال البغوي والرافعي: واستحبابه في حالة السكوت أكثر منه فيما إذا صرَّح بالنكول.

قلت: وكذا لو صرَّح به، وتوسم الحاكم فيه أنه يجهل الشرع في أن

....

المدعى عليه إذا نكل يقضى عليه بالنكول، ويحلف المدعي ويستحق، فيتأكد العرض ثلاثًا.

قال المروزي في أول المسألة: وإن اقتصر على مرة واحدة صح الحكم عليه بكونه ناكلًا، ويقول له: إن لم تحلف قضيت عليك بالنكول، أو رددت اليمين على المدعي فيحلف ويستحق دعواه، قال شريح الروياني: إذا أبى المدعى عليه الحلف، فقيل: فإن قال: لي بينة أقمتها، وذكر ما سيأتي.

قال: وإن لم يذكر شيئًا من ذلك وقال: لا أحلف صار ناكلًا.

وحكى جَدِّي أنه إن أبى أن يحلف فهل يكرر عليه القول ثلاثًا؟ فيه وجهان.

وقال ابن أبي أحمد عن الماوردي: وبه صرَّح الإمام في «الإقرار» مقتصرًا عليه.

قال الرافعي: وقد يفهم من قول من قال: لا حاجة عند التصريح بالنكول إلى حكم الحاكم وامتناع العود إلى الحلف عند التصريح للنكول، وإن لم يوجد حكم بالنكول.

قلت: وهذا ظاهر، وسبق في باب القضاء على الغائب في الهارب، قبل الدعوى عن «الحاوي» كلام ينازع فيما ذكره البغوي من طريق الأولى فراجعه، حيث منعنا المدعى عليه من الحلف بعد نكوله، أو ما في معناه، فذاك إن لم يرض المستحق، فإن رضي فوجهان:

أحدهما: إن حق حلفه قد يبطل، فلا يؤثر فيه الرضا.

وأصحهما: له العود إليه، وذكر الإمام في كتاب «الإقرار» أنه قول الأصحاب عن آخرهم، فإن الحق له لا يعدوه.

قال الرافعي: قال في «الرقم»: وإذا رضي بأن يحلف المدعى عليه والحالة هذه، ثم إنه لم يحلف لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد؛ لأنه أبطل حقه حيث رضي بيمين المدعى عليه.

قلت: وكذا ذكره القاضي الحسين في «التعليق» وظاهر إطلاقهما أنه لا

وَالْيَمِينُ المرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كَإِقْرَارِ الْمدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ ....

فرق بين أن يرضى المدعى عليه بذلك أو لا، وفي النفس منه شيء، ولا سيما في حالة رضا المدعى عليه؛ إذ الحق لا يعدوهما، فلم لا يجري القاضي على توجيب رضاه؟ اللهم إلا أن يقال: إن ذلك يؤدي إلى الرد.

قال: (**وَالْيَمِينُ المرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كَإِقْرَارِ الْمدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ**) يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه، وما في حكمه هل هي بمنزلة إقرار المدعي؟ فيه القولان زاد البغوي في «التعليق»: خرجهما الأصحاب وليسا بمنصوصين، انتهى.

أحدهما: إنها كالبينة؛ لأن الحجة هاهنا اليمين، وقد وجدت، وأظهرهما: إنها بمثابة الإقرار من المدعى عليه؛ لأن بنكوله يتوصل إلى الحق، فأشبه إقراره، وللقولين فروع كثيرة مفرقة في مظانها ذكر لم يرض بالنكول قال: فلو لم يبينه وقضى فقال المدعى عليه: كنت أعرف أن النكول هذا حكمه فالظاهر نفوذ قضائه، وفيه احتمال.

وقال الرافعي بعد ذكره استحباب عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات، وتأكد لاستحباب حالة السكوت، وعن أبي حنيفة العرض بلا شرط ما لفظه: وإذا تفرس فيه سلامة حاله شرح له حكم النكول فإن لم يشرح وحكم بأنه ناكل، وقال المدعى عليه: لم أعرف حكم النكول، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام: أظهرهما: النفوذ، وكان من حقه أن يتجنب ويعرف قبل أن ينكل، انتهى.

ولفظ الإمام ما ذكرناه من قبل، والتفاوت بين الإيرادين ظاهر، وأقام في «الوجيز» احتمال الإقامة وجهين، قال الإمام: وقول القاضي للمدعى عليه: احلف ليس أمر إجبار ولكنه أبانه وقت الحلف، واليمين المتعدى بها إن أرادها المدعى عليه، انتهى.

وحسن ما اعتاده القضاة من قولهم: إن شئت فقل: والله، أو قد يظن

....

الجاهل أنه أمر إلزام ما يسعه الوقف معه، وقد رأيت أنه إذا قال له القاضي الحاكم ذلك قال: هو إن شئت فقل: والله كلفظ لعبارته فهذا أو أمثاله يجب أن يوضح له الحال بأكمل بيان؛ ليدخله في اليمين على بصيرة وسبق له إذا قال المدعى عليه بعد النكول وما في حكمه: أنا أحلف أنه لا يسمع منه وبيناه بما فيه.

قال البغوي: وإذا هرب المدعى عليه قبل ذلك وقبل النكول لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد، ونقله الرافعي عن غيره ثم قال: وقضية ذلك التسوية بين التصريح بالنكول وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بأنه نكل، أو بعد عرض اليمين على المدعي.

قال ابن الرفعة: وهو قضية ما سبق المصنف هنا منها أن المدعى عليه لو أقام بينة على أداء المال أو على الإبراء منه بعدما حلف المدعي، فإن جعلنا يمينه كبينة سُمعت بينته، وإلا فلا؛ لأنه يكون نكلها بالبينة المقامة بالإقرار.

وحكى أبو سعد اختلافًا للأصحاب في أنه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة أم لا بدّ من حكم الحاكم بالحق.

قال الرافعي: ويمكن أن يبنى هذا على القولين إن جعلناه كالبينة فلا بدَّ من الحكم وإن جعلناه كإقرار المدعى عليه، فلا حاجة إليه على أن في الإقرار أيضًا قد مرَّ في «أدب القضاء» انتهى.

وأشار شريح الروياني إلى البناء على القولين فقال: وقال بعضهم: لا بدّ من حكم الحاكم بعد يمينه؛ لأن التحليف بمنزلة البينة، والبينة تقتضي بالحكم، انتهى.

وأطلق الشيخان وغيرهما أنا إذا جعلنا اليمين المردودة بمنزلة الإقرار فحلف ثم أقام المدعى عليه بينة بأداء أو إبراء ونحوهما من الدوافع أنها لا تُسمع، كما لو أقر صريحًا وهو قريب إذا كان المدعى عليه عالمًا بحكم النكول، وما يترتب عليه أو بيَّن له القاضي ذلك وأحاط به علمًا، ثم رد اليمين على بصيرة.

....

أمَّا لو كان جاهلًا لم يشرح له القاضي الحال، بل حلف خصمه عند امتناعه من اليمين ففي تنبيهات سماع الدوافع عليه نظر وربما يأتي ما يؤيد ذلك.

تنبيهات:

أحدها: في قول «المنهاج»: بأداء أو إبراء، إشارة إلى التصوير في الدين، وذكروا بعد هذا الموضع بأوراق واللفظ لـ«الروضة»: لو أقام الخارج بينة أن هذه العين ملكي غصبها مني الداخل، أو قال: أجرتها أو أودعتها عنده، وأقام الداخل بينة أنها ملكه، فهل تقدم بينة الداخل أم الخارج؟ وجهان:

الأصح: الخارج وبه قال ابن سريج، وصححه العراقيون، وبه أجاب الهروي وخالفهم البغوي، وصحح تقديم الداخل فلو لم يكن بينة ونكل الداخل عن اليمين فحلف الخارج، وحكم له ثم جاء الداخل ببينة سُمعت على الصحيح كما لو أقامها بعد بينة الخارج وقيل: لا تسمع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار، انتهى.

وظاهر هذا ترجيح القول بأن اليمين المردودة كالبينة أو كالإقرار عكس المرجح هنا، وقال ابن أبي الدم: إنه الصحيح عن الجماعة كلهم، انتهى.

وبنى البغوي قبول البيِّنتين في التعليق على القولين فقال بعد قوله السالف: إن القولين خرجهما الأصحاب، وإنما تظهر فائدته في مسائل تأتي مفرقة:

منها: إن المدعى عليه إذا أقام بينة بعد يمين المدعي بأن ذلك الشيء ملكه هل يقبل أم لا؟ إن قلنا النكول ورد البينة بمنزلة البينة إن كان ذلك قبل القضاء للمدعي فإنها تُسمع وترجح باليد، وإن كان ذلك بعد القضاء فوجهان: **أصحهما**: إنها لا تسمع، وإن قلنا بمنزلة الإقرار؛ فالقياس ألَّا تسمع، كما لو أقرَّ له بالعين، ثم بعد ذلك أراد إقامة البينة أنها ملكه فلا تسمع، والصحيح هو الأول؛ لأنَّا وإن جعلناه إقرارًا فليس إقرارًا حقيقة، وإنما له حكم الإقرار فحسب، انتهى. ونقل في النسخة خللًا.

ثانيها: في «فتاوى» القاضي الحسين أنه سأل عمَّن ادَّعى ضيعة فأنكر

فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ الْمدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنْ الْيَمِينِ، وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ خَصْمِهِ.

المدعى عليه ونكل عن اليمين، فجعله المدعي، وحكم الحاكم له بالمدعي به، ثم أقام المدعى عليه بينة أن الضيعة ملكه على الإطلاق، فهل يحكم بها أم لا؟ ففكر فيها أيامًا ثم قال: إن قلنا: النكول ورد اليمين بمنزلة الإقرار لا تسمع بينته، وإن قلنا بمنزلة البينة تسمع، قال البغوي: وهو جامع الفتاوى.

قلت: والذي عندي أنها تسمع، وإن جعلنا النكول ورد اليمين بمنزلة الإقرار؛ لأنه ليس صريح الإقرار؛ لأن الذي من قبله مجرد نكول، فلا يجوز أن يجعل مقرًا بمجرد يمين المدعي، وبالاتفاق ببينة مسموعة بعد نكوله وقبل يمين المدعي، انتهى.

وهو ما أشرت إليه في صورة الكتاب ولعلَّ السماع فيها أظهر من هذه.

ثالثها: قال القاضي شريح الروياني: لو قال المدعى عليه للحاكم: أحلف المدعي أن له علي هذا المال، قال ابن سريج: ليس له ذلك إلا أن ينكل عن اليمين.

وذكر العبادي أنه إذا قال: أحلف خصمي صار مطلبه ناكلًا، ويقال للمدعي: أحلف، ثم قال في آخر الباب: قال الشافعي: ولو ردَّ المدعى عليه اليمين وقال: رددت إن شاء فهل يصح؟ وجهان حكاهما جدي كما لو قال: بعتك هذا إن شئت، والله أعلم.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ الْمدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنْ الْيَمِينِ)** أي: مطلقًا.

(وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ خَصْمِهِ) إلا أن يقيم بينة، كما لو حلف المدَّعى عليه فلا يتمكن من استئناف دعوى وتحليفه في مجلس آخر؛ إذ لو لم يقل بهذا لرفع خصمه كل يوم إلى القاضي، والخصم ناكل، وهو لا يحلف اليمين المردودة أولًا، هذا ما أورده المراوزة تصريحًا وتلويحًا.

قال الرافعي: والذي ذكره العراقيون والقاضي الروياني: إنه لو جدد

....

الدعوى في مجلس آخر ونكل المدعى عليه ثانيًا تُرد اليمين على المدعي، وهذا ما أورده القاضي أبو سعد الهروي، قال: ولا شك أن الأول أحسن وأقوى، وحكم في «شرحه الصغير» بأنه الأظهر.

وادعى ابن الرفعة أنه مقتضى كلام القاضي أبي الطيب حيث قال في «تعليقه»: فإذا امتنع المدعي من اليمين سقط حقه، ويفرق الحاكم بينهما، ولا يكون له مطالبته بشيء من ذلك.

قال: وفي «النهاية» في أوائل القسامة حكاية خلاف أن المدعي إذا أظهر النكول عن يمين الرد ثم رغب فيها، هل يحلفه أم لا؟ والضابط الذي تمس الحاجة إليه أن كل نكول يتعلق به حق حالف بعد النكول فذاك النكول إذا ظهر فلا عود من الناكل، وكل يمين لا يمين بعدها، فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل؟ فيه خلاف، ونكوله يتحقق بأن يقول بعد عرض اليمين عليه بالنكول إذا لم يستمهل، ويكون حكمه ما تقدم، انتهى.

وذكر قبل هذا أن أظهر الوجهين في «الحاوي» في باب ما على القاضي في الخصومة أنه لا يحكم على المدعي بالنكول، أي: وإن حكم به على المنكر؛ لأنه يتعلق بنكول المنكر حق لغيره، كما قاله الشاشي في «الحلية» وهو قول الإصطخري أنه يحكم به عليه كما يحكم به على المنكر.

تنبيهات:

منها: فيما جزم به المصنف ورجحاه من سد باب الدعوى عليه ثانيًا بمجرد امتناعه عن اليمين نظر، وفي كون مراد القاضي أبي الطيب ما فهمه ابن الرفعة عنه نظر، ويشبه أنه أراد به ما لم تحدث دعوى جديدة أو يقيم بينة لا مطلقًا؛ إذ المعتمد في كتب العراقيين وغيرهم ما سبق، خلا أتباع القفال وأتباعهم، وممن اقتصر على ذلك أبو عاصم العبادي، وتبعه القاضي الهروي والقاضي شريح الروياني، ولفظه: فإن لم يحلف اليمين المردودة عليه يقال لهما انصرفا ويحتاج بعد ذلك إلى دعوى جديدة.

وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: أَبَدًا.

ورأيت في «فروع» ابن القطان إلى دعوى إذا رددنا اليمين على المدّعين ثانيًا فلم يحلفوا قال أبو الحسين: عندي أنه لا يبطل حقهم، وهم على ذلك أبدًا، انتهى.

وبالجملة فالظاهر أن الجماهير على مقالة العراقيين، ولم يورد ابن أبي الدم سواها مع أنه يقف غالبًا، لكن سيأتي عن نص «الأم» ما قد يشهر للقفالين.

ومنها: قال الرافعي في صدر المسألة: إذا امتنع عن الحلف سأله القاضي عن سبب امتناعه، فإن لم يتعلل بشيء أو قال: لا أريد أن أحلف، فهذا يسقط حقه من اليمين... إلى آخر ما ذكره.

وهذا منه يقتضي أنه يسقط حقه من اليمين بمجرد سكوته من غير قضاء بنكوله، ومن غير فرق بين الجاهل بحكم ذلك والعالم به.

وحكى الإمام وجهًا أنه يصير ناكلًا عن يمين الرد قط إذا لم يصرح بالنكول، وسيأتي مما سبق ما قيل في ذلك في جانب المدعى عليه وأنه يجب.

تَنْبِيهٌ: الحائل على ما يترتب على نكوله، ولعلَّ مسألتنا أولى، والحكم بما ذكره فيها أخفى.

وفي «تعليق» البغوي: وإذا حكمنا برد اليمين إلى المدعي ورددناها فسكت، لا تبطل دعواه، بخلاف ما لو سكت المدعى عليه، يجب عليه أن يجيب لا جرم، فجعل سكوته نكولًا بخلاف المدعي؛ لأنه ربَّما يزيد النظر والفكر.

ومنها: عبارة الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: وإذا ردت اليمين على المدعي فنكل وأراد أن يردها على المدعى عليه، لم يكن له ذلك، وسقط حقه إذا قال: نكلت أو لم يكن له عذر، وقال: لا أحلف؛ إذ اليمين المردودة لا ترد إلا لو رددناها أدى إلى الدور.

قال: (**وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: أَبَدًا**) إذا ذكر المدعي لامتناعه سببًا فقال: أريد إقامة البينة، أو أسالُ الفقهاء،

....

أو انظر في الحساب، أو أتفكر ونحو ذلك، ترك، ولم يعطل حقه من اليمين، وهل يتقدم إمهاله مدة؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الغزالي وإمامه: إنه يمهل ثلاثة أيام ولا يزاد، وإلا لم يؤمر من الملاحقة والمرافقة مرة بعد أخرى، وقد يتعب القاضي والخصم، وعلى هذا جرى الجرجاني في «الشافي».

والثاني: لا يتعذر؛ لأن اليمين حقه، فله تأخيره إلى أن يشاء كالبينة، وعليه اقتصر في «المهذب» هكذا ذكره الرافعي في «الشرحين» ولم يصرح بترجيح إلا في «المحرر» والذي أورده جمهور العراقيين ومنهم المحاملي والماوردي وابن الصباغ وصاحب «التنبيه» والعمراني والجرجاني في «تحريره» والروياني في «حليته» وقريبه في «روضته» والهروي في «إشراقه» وهو قضية ما في «تعليقي» البغوي وإبراهيم المروزي و«الكافي» وعليه اقتصر ابن أبي عصرون، وابن أبي الدم في «أدب القضاء» واقتضى كلام «الذخائر» وغيره أنه المذهب، وهو قضية كلام الفوراني في «العمد»: وإن نكل سئل عن نكوله، وإن قال: أريد أن أقيم البينة أو انظر في الحساب أو أشاور فلانًا وما أشبه ذلك، فإنه يترك، ولا يحكم عليه بالنكول، وعبارة «الإبانة» نحوها.

وعبارة الدارمي: فإن نكل لبينة يقيمها أو حساب ينظره، انظر على العرف، وهذا يحتمل أن يكون وجهًا ثالثًا.

والظاهر أن مستند الجمهور في عدم التقدير قول الشافعي في «المختصر» وإن نكل قيل للمدعي: احلف واستحق، فإن أبيت سألناك عن إبائك، فإن كان الثاني ببينة أو ينظر في حسابك تركناك، وإن قلت: لا أؤخر ذلك لشيء غير أني لا أحلف أبطلنا أن يحلف، هذا لفظه.

وعبارة «الأم» في باب رد اليمين: وإن أبيت أن تحلف سألناك عن إبائك، فإن ذكرت إنك تأتي ببينة أو تذكر معاملة بينك وبينه تركناك، فمتى جئت بشيء تستحق أعطيناك، فإن لم تأت به حلفت، فإن قلت: لا أؤخر ذلك لشيء غير

....

أني لا أحلف، أبطلت يمينك، فإن طلبتها بعده لم نعطك بها شيئًا، هذا لفظه بحروفه كما رأيته، وهو شاهد للجمهور ألَّا تقدير.

وذكر ابن الرفعة بعد توجهه كلام «التنبيه» ما لفظه: وحكى القاضي أبو الطيب وغيره أن الشافعي قال في هذه الصورة: يسأل المدعي عن إبائه، فإن قال: امتنعت لحساب بيني وبينه أريد أن أراجعه أو أريد أن أستفتي الفقهاء هل يجوز أن أحلف أم لا؟ أخذ الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد عليها، انتهى.

فإن صحَّ هذا النقل الغريب كان في المسألة قولان منصوصان، لكن يبعد هذا النقل أن صاحبَيْ «التنبيه» و«الشامل» تلميذَيْ القاضي أبي الطيب لم يذكراه، فالله أعلم.

وقال الإمام بعد أن عد التقدير بثلاثة أيام إلى الأصحاب: وقال بعض أصحابنا: لا يصير المدعي ناكلًا عن يمين الرد قط إذا لم يصرح بالنكول ولا ضبط لإمهاله بمدة، وسبيله في يمين الرد كسبيله في البينة يقيمها متى وجدها.

قال: وهذا قد يظهر على قولنا يمين الرد تنزل منزلة البينة، وقال: ظني أني أجريت هذا فيما تقدم، ولكن المذهب عن يمين الرد من غير تصريح به.

تنبيهات وفروع منثورة:

منها: قال الرافعي: ولم يذكر الشافعي رضي الله عنه فيما إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين أن يسأل عن سبب امتناعه، أي: بخلاف المدعي، فعن ابن القاص أن قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل الآخر أيضًا، وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق، فارقين بأن امتناع المدعى عليه يثبت للمدعي حق الحلف والقضاء بيمينه، فلا يؤخر حقه بالبحث والسؤال وامتناع المدعي لا يثبت حقًا لغيره فلم يضر السؤال عن سبب الامتناع، قال: وكان يجوز أن يقال: إن امتناع المدعى عليه إنما يثبت الحق للمدعي إذا امتنع بلا سبب، أمَّا إذا تعلل بعذر كما سيأتي فلا ينتقل حق اليمين من جانبه إلى جانب المدعي، وإذا لم يكن الامتناع المطلق ناقلًا للحق لم يكن السؤال تأخيرًا للحق، انتهى.

....

وجزم شريح الروياني في أول الباب بأنه إذا أبى المدعى عليه من الحلف يسأل، فإن قال: لي بينة أقيمها أو أنظر في حسابي ثم أحلف، أمهل، ثم جزم بعده بنحو عشرة أسطر بالفرق.

وقال: وفرَّق الشافعي رضي الله عنه بينهما بأن المدعى عليه إذا نكل وجب الحق للمدعي، والواجب لا يؤخر، والمدعي إذا نكل لم يصر حقًّا لغيره فسأله عن وجه امتناعه؛ ليمكنه فصل الخصومة، فإن لم يحلف المدعي اليمين المردودة يقال لهما: انصرفا، انتهى.

تناقض وأغرب بنقله الفرق عن النص، وذكر ابن الرفعة أن الفرق أن المطلوب إذا امتنع عن اليمين ظهرت هناك يمين أخرى من جهة المدعي، فوجب الحكم بها، فلو سألناه عن سبب امتناعه لم يعقب الحكم لنكوله؛ ولأن هناك ما يرجع إليه ويحكم به وهو يمين المدعي، وليس كذلك امتناع المدعي عن اليمين.

قال: وقضية هذا الفرق ألَّا يشرع عند نكول المدعى عليه تكرار العرض عليه، قال: وقد حكى الإمام في كتاب «الإقرار»: إن المدعي لو سكت وقال: سأفكر وأراجع حسابي أن بعض الأصحاب قال: يفصل القاضي الخصومة ويكون امتناعه كامتناع المدعى عليه، ويقول للمدعي: استمهالك بعد الخوض بالاختبار ولا معنى له، وإذا كنت لا أعذر المدعى عليه في استمهاله فأنت أولى بذلك من جهة أن المدعى عليه مرفوع إلى مجلس القاضي قهرًا، وأنت تحضره مختارًا، فهلا كان فكرك قبل الحضور؟ انتهى.

وهذا غريبٌ وخلاف المنصوص وقول الجمهور.

ومنها: قال الرافعي: إذا علَّل المدعي امتناعه بعذر كما مر ثم عاد بعد مدة ليحلف مكن منه، قال في «التهذيب»: فإن لم يذكر القاضي نكولًا لخصمه أثبته بالبينة، وكذا لو أثبت عند قاضٍ آخر نكول خصمه له أن يحلف، وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيلٍ المدعي ثم حضر الموكل له أن يحلف ولا يحتاج إلى استئناف الدعوى، انتهى.

....

أي: بخلاف ما إذا كان هو المدعي، وعبارة البغوي في «التعليق»: ولو أنه ذهب لينظر في الحساب أو يسأل الفقهاء أو يأتي ببينة أو هرب ثم عاد بعد ذلك، فإنه يحتاج إلى استئناف الدعوى.

ومن أصحابنا من قال: إنه لو ذهب ثم عاد بعد مدة له أن يحلف، هذا إذا ذكر القاضي نكوله، وذكر ما سبق عن «التهذيب».

ومنها: قال الرافعي: ومن أقام شاهدًا واحدًا ليحلف معه ثم أنه لم يحلف فهو كما لو ردت اليمين إلى المدعي فلم يحلف، فإن علل الامتناع بعذر عاد الوجهان في أنه على حيرته أبدًا، أو لا يزاد إمهاله على ثلاثة أيام، وإن لم يتعلل بشيء أو صرَّح بالنكول فعلى ما في «الوجيز» و«التهذيب» يبطل حقه من الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم انتقلت اليمين في جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود فيحلف إلا إذا عاد في مجلس آخر واستأنف المدعي الدعوى، وأقام الشاهد له أن يحلف معه، وإن قلنا بالأول لم ينفعه إلا ببينة كاملة، انتهى.

وما ذكره عن «الوجيز» و«التهذيب» والعراقيين هو الخلاف السابق عن المراوزة والعراقيين وغيرهم، حيث لا شاهد أصلًا، وذكر أبو سعد الهروي: إنه لو جدد دعوى أخرى جاز له الحلف بلا خلاف.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: إنه لو أقام شاهدًا ولم يحلف معه فعرضنا اليمين على المدعى عليه ولم يحلف المدعي اليمين المردودة، ثم أقام شاهدًا واحدًا وأراد أن يحلف معه فوجهان: **أحدهما**: لا؛ لأنه نقل عن اليمين مرة، والثاني: نعم؛ لأن هذه اليمين عن تلك اليمين ولم يوجد النكول عن هذه اليمين، انتهى.

وهذا الثاني هو الصحيح.

وقال الدارمي: إذا حلف المدعى عليه أو نكل، ونكل المدعي ثم جاء المدعي بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو يمينين فيما يدخل فيه حكم في العدل والعدل والمرأتين، فإن كان شاهد ويمين فقولان، وإن حلف المدعى عليه قال

....

المرزبان: القولان، وعدَّ الحكم قولًا واحدًا، قيل: القولان؛ لأن شاهد الشاهدَيْن أقوى من الشاهد واليمين أو مثله على قولين، انتهى لفظه.

ومنها: سبق في «الشهادات»: إنه إذا ترك الحلف مع شهادة وطلب من خصمه أجيب، فإن حلف الخصم سقطت الدعوى.

قال الرافعي: وقال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده، بخلاف ما لو أقام بينة بعد يمين المدعى عليه حيث يسمع، انتهى.

فأشعر كلامه أنها إنما تسقط يمينه مع شاهده إذا حلف المدعى عليه لا قبل حلفه وفي «البيان»: إن حلف مع شاهده فذاك، وإن قال: لست أختار أن أحلف معه سقطت اليمين من جهته، وصارت في جهة المدعى عليه، فإن أراد المدعي أن يحلف مع شاهده لم يكن ذلك في هذا المجلس إلا أن يغيبوا عن ذلك المجلس، ويدعي عليه ثانيًا، وينكر فله أن يقيم شاهده ويحلف معه؛ لأنها قد سقطت في هذه الدعوى، فلم تعد إليه إلا في دعوى أخرى، انتهى.

وكلام «الشامل» مصرَّح أيضًا بأن امتناعه من الحلف مع شاهده يسقط حقه من اليمين، نعم قوله: ولا يشبهه ذلك إقامة البينة بعد اليمين؛ لأن تعذر البينة لا يسقط، وامتناعه من اليمين يسقطها، يوهم أنه لا تسمع يمينه مع شاهده بعد حلف المدعى عليه، إنما يكون عند التعذر وليس كذلك.

ومنها: قال الإمام في باب الامتناع من اليمين: إذا أقام المدعي شاهدًا فكيف وجه نكوله؟ ومن يعرض عليه اليمين حتى ينكل؟ وما المأخذ الفقهي الذي يربط النكول به؟ فيقول في إيضاح ذلك: إذا استعدى على خصمه وأحضره مجلس الحكم، وادَّعى وأنكر الخصم فإن أقام المدعي بينة فذاك، وإن لم يفهما فحق على القاضي أن يقول للمدعي: أحلف خصمك إن أردت، وإلا فاقطع طلبك عنه، واترك رفعه إلى مجلس الحكم، فإذا أقام شاهدًا واحدًا ويمكن من الحلف معه فلم يحلف، فينتهي الأمر إلى ما ذكرناه من تحليف الخصم وإلزام المدعي قطع الخصام، وإلا أدى إلى أن يرفعه إلى المجلس في

وَإِنْ أُسْتُمْهِلَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ أُسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمْهَلْ، وَقِيلَ: ثَلَاثَةً.

كل ساعة يتصدى القضاة فيها القضاء، ولا يقيم بينة ولا يحلفه، ولا سبيل إلى تسويغ هذا، فخرج من مجموع ما ذكرناه أنه إذا أقام شاهدًا أبان له القاضي أنه لو حلف ومعه ثبت حقه، فإن لم يحلف أبان له أنك لو لم تُحلِّف المدعى عليه منعتك من إعادته إلى مجلس الحكم، انتهى.

وأحسب بعض ما ذكره ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ من تصرفه، فإني لم أره في كلام من تقدمه.

قال: (**وَإِنْ أُسْتُمْهِلَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ أُسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمْهَلْ، وَقِيلَ: ثَلَاثَةً**) إذا أراد الحاكم استحلاف المدعى عليه، فقال: أمهلوني لأنظر في حسابي، أو أسأل الفقهاء.

قال الرافعي: فوجهان:

أشهرهما: إنه لا يمهل إلا أن يرضى المدعي؛ لأنه مجبور محمول على الإقرار أو اليمين، بخلاف المدعي فإنه يختار في طلب حقه.

والثاني: وبه قال صاحب «الإفصاح»: إنه يمهل للحاجة، ولا يزاد على ثلاثة أيام؛ كيلا يتضرر المدعي، واختار القاضي الروياني وجه الإمهال وقال: فيما إذا استمهل ليسأل الفقهاء أن قضاة بلدنا استحسنوا الإمهال يومًا، انتهى.

وما ذكره عن «الإفصاح» هو ما أورده في «الشامل» عنه، ولم يحك سواه، وإمهاله ثلاثة هو الجواب في «المهذب» و«البيان» و«إشراق» الهروي.

وعليه ينطبق قول الدارمي: وإنهما ذكرا بينة أو حسابًا أنظر، وسبق أنه قال: ينظر على العرف، واقتضى كلام «الذخائر» أن المذهب الإمهال، حيث أورد جاز، فإنه لا يشبه، ثم قال: وقال الخراسانيون: لا يمهل؛ لأنه محمول على الحلف أو الحق فلا يمهل، وأشار بذلك إلى الإمام الفوراني والغزالي وغيرهم من المراوزة.

وقال الماوردي: لا نسأل المدعى عليه عن سبب النكول إلا أن يبتدئ فيقول: أنا متوقف عن اليمين لأنظر في حسابي، فينظر بأقل من الزمان، ولا يبلغ إنظاره ثلاثة، وذكر شريح الروياني أنه حكى أن الشافعي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال في باب

وَلَوْ أُسْتُمْهِلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجوَابِ أُمْهِلَ إِلَى آخِرِ المجْلِسِ.

الشاهد مع اليمين: لو قال: بيني وبين الرجل معاملة وحضرني وإياه من أثق به فأسأله، أمهلته حتى يسأله.

قلت: ورأيت هذا النص في «الأم» بلفظه، لكنه إنما ذكره فيمن امتنع أن يحلف مع شاهده، فقال: أمهلته حتى يسأله، ولم أقض له شيئًا على المشهود عليه، انتهى.

وبالجملة: فالعراقيون على أنه يمهل، وهل يمهل ثلاثة أو بأقل أو على العرف أو إلى آخر المجلس؟ فيه ما ذكرناه ويأتي، والمختار الإمهال إذا لم يتفاحش قدره، ولم يتضرر به المدَّعي، ويُشبه أن يرجع في قدره إلى اجتهاد الحاكم الأهل، وكذا في أصله إن تفرس الخصم لدد ومراوغة لم يمهله، وإلا أمهله قدر ما يؤدي إليه نظره، وإرهاقه إلى أحد الأمرين في الحالة الراهنة بعيد.

قال: (**وَلَوْ أُسْتُمْهِلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجوَابِ أُمْهِلَ إِلَى آخِرِ المجْلِسِ**) عبارة «المحرر» فقد ذكر أنه يمهل إلى آخر المجلس أشار به إلى قوله في «الشرحين»: ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب لينظر في الحساب، ذكر القاضي أبو سعد أنه يمهل إلى آخر المجلس إن شاء - أي: القاضي- وحكى القاضي شريح الروياني هذا عن أبي عاصم العبادي فيما إذا توجهت عليه اليمين فأبى أن يحلف وقال: أمهلني، فإن لي بينة أقيمها وأنظر في حسابي أنه قال: يمهل إلى آخر المجلس إن شاء القاضي، انتهى.

فإن ظهر فرق بين الصورتين، فالنقل مختلف، ويشبه ألَّا يفرق بين استمهاله في ابتداء الجواب وبين استمهاله باليمين بعد الجواب.

فائدة: قال الشيخ عز الدين في «القواعد»: قال الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجب اليمين قط، وليس هذا على إطلاقه، ولا بدّ من تفصيل، أمَّا يمين المدَّعى عليه وإن كانت كاذبة فحرام، أو صادقة نظر، فإن كان الحق مما يباح بالإباحة كالأموال تخير بين الحلف والنكول، إذا علم أن خصمه لا يحلف كاذبًا، وإن غلب على ظنه أنه يحلف كاذبًا.

وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ ....

قال: أي: أراه أنه يجب الحلف دفعًا لمفسدة كذب خصمه، كما يجب النهي عن المنكر، وإن كان الحق مما لا يباح بالإباحة كالدماء والأبضاع، فإن علم أن خصمه لا يحلف كاذبًا يخير في الحلف والنكول كما في الأموال، وإن غلب على ظنه أنه يحلف لم يحل له النكول؛ لما فيه من التسبب إلى العصيان؛ لأن الله قد أوجب حفظ هذه الحقوق بما قدر عليه المكلف من إثبات الحفظ واليمين، هنا حافظ مُتَعين فلا يجوز تركه، وكذلك يجب حفظ الوديعة من الظَلمة بالأيمان الحانثة.

ثم ذكر من الأمثلة أن يدَّعي عليه للقتل والقطع كاذبًا، أو على امرأة النكاح، أو الرق، أو على رجل أنه عبده، وكذلك لو كان يدَّعي عليه بحد القذف، ولا يحل له النكول؛ كيلا يكون عونًا على جَلده وإسقاط عدالته، والعزل من ولايته التي تلزمه المضي فيها، أو يدعي على الولي المجبر أنه زوَّجه ابنته، فلا يحل له النكول، وكذلك ولي اليتيم حيث يشرع اليمين في حقه في التصرفات المالية؛ كيلا يكون عونًا على أكل أموال اليتامى ظلمًا، ويلحق بذلك إذا لاعن امرأته كاذبًا لا يحل لها النكول؛ كيلا يكون عونًا على جَلدها أو رجمها، وفضيحة أهلها.

وأمَّا يمين المدعي فإن كانت كاذبة لم تحل، أو صادقة، فإن كان الحق المدعى به مما يباح بالإباحة، فالأولى بالمدعي إذا نكل أن يبيح الحق أو يُبرئ منه؛ دفعًا لمفسدة أضرار خصمه على الباطل، وإن كان الحق مما لا يباح بالإباحة، ويعلم أن الحق يؤخذ منه إذا نكل، فيلزمه أن يحلف حفظًا لما يحرم بذله، وذكر من الأمثلة أن تدَّعي الزوجة البينونة فنكر وينكل فيلزمها الحلف حفظًا لبضعها من الزنا، وتوابعه من الخلوة وغيرها، أو تدَّعي الأمة العتق، وينكر السيد وينكل، والرابع: أن يدعي القاذف عفو المقذوف فينكر وينكل، فيلزمه اليمين حفظًا لجسده من الجَلد، ولو نكل الولي من أيمان القسامة فإن أوجبنا بها القصاص وجبت وإلا فلا، انتهى، وهذا المثال غير واضح.

قال: **(وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ**

وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ فَنَكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ، وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ.

وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ فَنَكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ) ما سبق من أنه يرد اليمين على المدَّعي ولا يقضي بالنكول هو الأصل المقرر، لكنه قد يتعذر اليمين في صور، فذهب ذاهبون من الأصحاب إلى القضاء فيها بالنكول للحاجة.

إحداها: إذا طولب بالزكاة فقال: أديت إلى ساعٍ آخر، أو بادلت بالنصاب في أثناء الحول، أو غلط الخارص في الخرص، أوْ أصابت الثمار جارحة، واتهمه الساعي، فيحلف ندبًا أو وجوبًا، فيه خلاف سبق هناك، فإن نكل لم يطالبه بشيء إن قلنا بالاستحباب، وإن قلنا بالوجوب، فإن انحصر المستحقون في البلد ومنعنا النقل رُدَّت اليمين عليهم. وإلى هذه الصورة أشار المصنف بقوله: **(وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ)**، وإن لم يحضروا تعذر الرد، وأمَّا الذي يفعل فيه أوجه:

أشهرها: ولم يورد جماعة سواه أخذ الزكاة منه وكيف سبيله؟ رأى ابن القاص وجماعة أنه حكم بالنكول، ورواه عن ابن سريج، وجوَّز ذلك للضرورة.

قال أكثرهم: ليس حكمًا بالنكول، ولكن قضية ملك النصاب، ومضى الحول الوجوب، فإذا لم يثبت دافع أخذنا الزكاة.

وثانيها: إنه لا يطالب بشيء؛ لأنه لم يقم عليه حجة.

وثالثها: أنه يحبس حتى يقر فيؤخذ منه، أو يحلف فيعوض عنه، وعزاه شريح الروياني إلى ابن سريج، وقال الإمام: إنه بعيد عن قاعدة الشافعي.

ورابعها: الفرق بين أن يكون المال على صورة المدَّعي بأن قال: أديت في بلدة أخرى أو إلى ساعٍ آخر، فيؤخذ منه الزكاة إن لم يحلف، وبين أن يكون على صورة المدَّعىٰ عليه كقوله: ما تم حولي، أو ما في يدي لفلان المكاتب، ولا يؤخذ منه.

وهذا ما نسبه المروزي هنا والبغوي هناك إلى ابن سريج، ورجَّحه هو وغيره إليه الأخذ مطلقًا.

أو غَلَطَ خَارِصٍ، وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ.

إشارات: قوله: (أو غَلَطَ خَارِصٍ) أي: بعد التزامه القدر الواجب فيها ثم ادَّعى عند الأداء الغلط، قاله في «الكافي».

وقوله: **(وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ)** أي: على الوجه المرجوح يشبه أن الخلاف في وجوب اليمين فيما إذا لم ينحصر المستحقون في البلد، فلو انحصروا وقلت أيجب الدفع إليهم وجب بطلبهم جزمًا، فإن نكل عنها رُدت عليهم قطعًا، وأخبر أن المصنف وغيره يتعذر رد اليمين عمَّا إذا انحصروا إلى آخر ما مر ظاهر، إذا كانوا من أهل اليمين المردودة، أمَّا لو كان فيهم أو كلهم صغار أو مجانين فالرد عليهم في الحال متعذر، فيقضي عليه بالنكول أو يوقف الأمر، وما الحكم لو كان المال لمحجوره كصبي أو مجنون، وادَّعى فيه ما ادعاه في مال نفسه، لم أر فيه شيئًا؛ فتأمل ما مرَّ من أنه إذا نكل وقلنا اليمين مستحقة أنه لا يطالب بشيء، هذا ما أورده الرافعي.

وفي «تعليق» البغوي عن ابن سريج وغيره ما يقتضي أنه يقضى عليه بالنكول مطلقًا، من غيرنا، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: يبنى على أن اليمين مستحب أو مستحق المسألة.

الصورة الثانية: إذا مات ذمي أو أسلم في أثناء السنة، فهل يجب قسط ما مضى؟ فيه خلاف سبق، فلو غاب ثم عاد مسلمًا، فقال: أسلمت قبل تمام السنة فلا جزية عليه، أو ليس علي تمامها، وقال عامل الجزية: بل أسلمت بعدها فعليك تمام الجزية قيل: يحلف ندبًا، وقيل: وجوبًا، فعلى هذا لو نكل فهل يقضى عليه بالجزية أم يطالب بشيء أم يحبس ليقر فيؤخذ منه أو يحلف فيترك؟ أوجه.

قال الإمام والبغوي: وقيد ابن القاص المسألة بما إذا غاب ثم عاد مسلمًا، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا وصدقناه مسلمًا بعد السنة وادَّعى أنه أسلم قبل تمامها وكتم إسلامه لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر أن من أسلم في دار الإسلام لا يكتمه، واختار في «البسيط» الوجه الثالث وهو ضعيف عندي؛ لما فيه من التنفير وعدم التآلف وضعَّفه أمامه كما سبق، وأقرت أنه إذا ظهر له مال أخذت منه قهرًا وخلي سبيله.

....

ثم رأيت الإمام قال: والذي أراه أنا لو ألزمناه في مسألة الغيبة الخبرية إن لم تقم بينة بإسلامه قبل انقضاء السنة لم يكن بعيدًا وقرره ثم قال: وهذا أمثل من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها، انتهى.

وهذا ما حاوله، والظاهر أنه لو ادَّعى الإعسار ولم يعهد له مال أنه يصدق بيمينه ويمهل الثالثة إذا ادَّعى ولد المرتزق البلوغ بالإنزال، ورام إثبات اسمه في الديوان فوجهان:

أحدهما: يصدق بلا يمين؛ لأنه إن كذب فكيف يحلف وهو صبي؟ وإن صدق وجب أن يجاب.

وأصحهما على ما ذكراه هنا: تحليفه للتهمة فإن نكل لم يثبت اسمه إلى ظهور بلوغه ونحوه من شهد الوقعة من المراهقين فادَّعى الاحتلام وطلب السهم، فإن حلفه أعطى وإلا فوجهان:

أحدهما: يعطى؛ لأن احتلامه لا يعرف إلا منه.

وأصحهما: لا يعطى، قال ابن القاص: وهو قضاء بالنكول، وقال غيره: لم يعط؛ لأن حجته في الإعطاء اليمين ولم توجد، والحكم أن الوجه القائل بأنه لا يحلف وهو قول ـ أي: زيد ـ وعليه جرى الإمام والغزالي في كتاب «الإقرار» واقتضى كلام الشيخين هناك أنه الأصح، وهو الأصح، وبه جزما في «المحرر» و«المنهاج» ثم، وتبع في الترجيح هنا البغوي وغيره، ولم يرجح البغوي هنا في «تعليقه» شيئًا وفي «البسيط» هنا: إذا قال المسبي: استعجلت الإثبات بالمعاجلة ولست ببالغ، قال الشافعي: يحلف فإن نكل قتل، وهو مشكل من حيث إنه قطع بالقضاء بالنكول، وفيه وجه: إنه يحبس حتى يتحقق بلوغه.

وقال البغوي في «التعليق»: وفي تحليفه شيء عجيب من حيث إنا نحلفه حتى يخرج عن أهلية اليمين، ثم ذكر الغزالي مسألة المرتزق، وحكى تحليفه عن ابن القاصّ وعن الأصحاب أنه يصدقه ولا يحلف، وهو ملخص له من النهاية، والله أعلم.

وَلَوْ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحَلَّفْ الْوَلِيُّ، وَقِيلَ: يُحَلِّفُ، وَقِيلَ: إنْ ادَّعَى مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ حُلِّفَ.

الرابعة: إذا مات من لا وارث له، قال الرافعي: فادَّعى القاضي أو منصوبه دينًا له على إنسان وجده في تذكرته ـ وعبارة «الحاوي»: في حسابه الموثوق به ـ فأنكر الخصم ونكل عن اليمين، فهل يقضى عليه بالنكول ويؤخذ منه المال أم يحبس حتى يقر أو يحلف أم يترك فيه؟ ثلاثة أوجه:

أصحها: في «الروضة» و«أصلها» الثاني: وفي «الذخائر» أنه المذهب؛ لأنه إن كان صادقًا فلا ضرر عليه في اليمين، وإن كان كاذبًا فيلزمه الإقرار، وصور المسألة فيما إذا ادَّعى حقًّا والتمس يمين الخصم ثم مات المدعي في الحال، قالا: وتجري الأوجه فيما لو ادَّعى وصي ميت على وارثه أنه أوصى بثلثه للفقراء فأنكر الوارث ونكل، انتهى.

وصحح البغوي في «التعليق» أنه لا شيء عليه في المسلمين جميعًا، وزيفه الإمام.

ثم قال البغوي: ولو ادَّعى القيم وقفًا على غير معين فأنكر المدعى عليه ولم يحلف ماذا يفعل؟ فيه ثلاثة أوجه كما ذكرنا.

إشارة: قول الرافعي: فادعى القاضي، يقتضي أن القاضي يتكلم في مال بيت المال بعموم ولاية القضاء، وفيه كلام أسلفته هناك، وعبارة الإمام: فادَّعى منصوب السلطان.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحَلَّفْ الْوَلِيُّ**) لأن إثبات الحق للإنسان بيمين غيره مستبعد، وكما لا يحلف الساعي والوكيل.

(**وَقِيلَ: يُحَلِّفُ**) لأنه المستوفي.

(**وَقِيلَ: إنْ ادَّعَى مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ حُلِّفَ**) وإلا فلا.

قال الرافعي: وأجرى هذا الخلاف فيما إذا قام شاهدًا واحدًا هل يحلف معه؟ وفيما إذا ادَّعى على الولي دينًا في ذمة الصبي هل يحلف إذا أنكر والوصي والقيم في ذلك كالولي؟ ويجري في قيم المسجد ومتولي الوقف إذا

....

ادَّعى للمسجد وللوقف وأنكر المدعى عليه ونكل.

ثم قال: المذهبون إلى ترجيح المنع من الوجوه الثلاثة ولا بأس بوجه التفصيل، ولقد رجحه أبو الحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في «الأمالي» فإن منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي، فينتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، ويكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وصيرورة اليمين موقوفة إلى البلوغ والإفاقة، ويعود في المدعي للمسجد والوقف الوجهان في أنه يقضي عليه بالنكول أو يحبس ليحلف أو يقر.

قال: وقيم المحجور عليه، أي: لسفه إذا ادَّعى له، ونكل المدعى عليه، يحلف المحجور عليه أنه يلزمه تسليم هذا المال، ولكن لا يقول: إلي، وقيمه يقول في الدعوى: يلزمه تسليمه إلي، انتهى.

تنبيهات:

أحدها: ما مال إليه من التفصيل هو ما صححاه في كتاب الصداق اختلف في قدره الولي وزوج الصغيرة ونحوها، فإنهما رجحا التحالف في كتبهما، ونسبا تصحيحه إلى الأصحاب، ثم قال الرافعي إثر ذلك: والأظهر من الوجهين المنع فيما لا يتعلق البناء للولي، وضعف وجه الوقف إلى البلوغ كما بيناه، ثم وقال صاحب «الذخائر» بعد قوله في صورة من مات ولا وارث له: إن المذهب أن الخصم يحبس حتى يحلف أو يقر.

ويجيء مثل هذا الوجه في دعوى الولي دينًا للصبي، فإن زمن الصغر قد يطول، أو يؤدي إلى ضياع الحق بموت الخصم أو غيبته، انتهى.

ثانيها: جعل في «الذخائر» المجنون المطبق يدعي له وليه فينكر الخصم على الخلاف فيمن مات ولا وارث له، وقضيته: إن المذهب أنه يحبس حتى يحلف أو يقر، قال: وإمَّا إن كان يجن ويفيق فكالصغير، فينتظر وقت إفاقته إذا قلنا ينتظر بلوغ الصبي، انتهى. وأحسب هذا من تصرفه لا نقله.

ثالثها: جزم الرافعي: إنا إذا منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي أنا ننتظر

....

بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، وتبعه في «الروضة» هنا، وقالا في كتاب «الصداق»: بعد ذكرهما أن الأصح عند الأصحاب أن ولي الصغير أو الصغيرة يحلفان، فلو نكل الولي فهل يقضى بين صاحبه أو يوقف حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فلعلها تحلف؟ وجهان، زاد الشيخ: قلت: صحَّح الإمام ثانيهما، وجميع ما ذكرناه فيما يتعلق بإنشاء الولي، أمَّا لو ادَّعى على رجل أنه أتلف مال الطفل، فأنكر ونكل، فهل يحلف الولي؟ وجهان:

أصحهما: لا، فعلى هذا لا يقضى بالنكول، بل يتوقف حتى يبلغ الصبي، وفي وجه: لا يعرض اليمين على المدعى عليه، ويتوقف في أصل الخصومة.

فروع: قالا في كتاب «الصداق» ـ واللفظ «للروضة»: وأفتى القفال فيما إذا ادَّعى الولي على رجلٍ دينًا ورثه الصبي، وأقام بينة فقال الخصم: كتب قضيته أو أبرأني مورثة أنه لا يحلف الولي بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك، أي: ويلزم الدين بالتوفية في الحال، كما صرَّح به البغوي في «الفتاوى».

وقال غيره: وفي المجنون كما سبق في وكيل الغائب، وقاله القفال في صورتي الصبي والمجنون.

ولو أقرَّ القيِّم بما قاله الخصم انعزل، ولو أقام القاضي غيره، ولو ادَّعى أن هذا القيم قبضه حلف، وسبق في القضاء على الغائب أنه لو ادَّعى قيم الصبي دينًا له فقال الخصم: إنه أتلف علي من جنس ما يدعيه ما هو قضاء لدينه لم ينفعه بل عليه أداء ما أثبته القيم فإذا بلغ الصبي حلفه.

وفي «فتاوى» القفال أن قيم المجنون إذا ادَّعى على آخر مالًا له فقال: كان أبرأني منه قبل جنونه أو قبضه مني لزمه الدفع، هذا ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال: لا يلزمه الدفع؛ لأنه ما أقر إلا في ضمن ما يبرئه، ولا يفصل بعض الكلام عن بعض إذا كان متصلًا، ثم ذكر أنه إذا ادَّعى قيم الصبي دينًا له فقال: قد أتلف علي من جنس هذا المال ما هو مثل حقه فقال له: اقض هذا، ثم إذا بلغ الصبي ادَّعى عليه، انتهى.

قال: [(وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرًى وَادَّعَاهُ مَالِكُهُ كَفَاهُ لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ، فَلَوْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ وَادَّعَى الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلًا إِنْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ جَحْدَهُ الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَحِيلَتُهُ أَنْ يَقُولَ: إِن ادَّعَيْت مِلْكًا مُطْلَقًا فَلَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمٌ، وَإِنْ ادَّعَيْتَ مَرْهُونًا فَاذْكُرْهُ لِأُجِيبَ، وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فَقَالَ: لَيْسَ هِيَ لِي، أَوْ هِيَ لِرَجُلٍ لَا أَعْرِفُهُ، أَوْ هِيَ لِابْنِي الطِّفْلِ، أَوْ وَقْفٌ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ مَسْجِدِ كَذَا، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ وَلَا تُنْزَعُ مِنْهُ بَلْ يُحَلِّفُهُ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ يُمْكِنُ مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ سُئِلَ، فَإِنْ صَدَّقَهُ صَارَتْ الْخُصُومَةُ مَعَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ تُرِكَ فِي يَدِ الْمُقِرِّ، وَقِيلَ: تُسَلَّمُ إِلَى يَدِ الْمُدَّعِي، وَقِيلَ يَحْفَظُهُ الْحَاكِمُ لِظُهُورِ مَالِكٍ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِغَائِبٍ فَالْأَصَحُّ انْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ، وَيُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ قَضَى بِهَا، وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، فَيَحْلِفُ مَعَهَا، وَقِيلَ عَلَى حَاضِرٍ.

وَمَا قُبِلَ إِقْرَارُ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ فَالدَّعْوَى عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْجَوَابُ، وَمَا لَا كَأَرْشٍ فَعَلَى السَّيِّدِ[(١)].

---

(١) لا يوجد شرح هذا الجزء من «المنهاج» في الأصل، وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٥٣) فقال: **(وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرًى وَادَّعَاهُ)** أَيْ: كُلًّا مِنْهُمَا **(مَالِكُهُ)** أَوْ نَائِبُهُ **(كَفَاهُ)** فِي الْجَوَابِ **(لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ)** إِلَيْكَ وَلَا يَجِبُ التَّعَرُّضُ لِلْمِلْكِ **(فَلَوْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ)** لِلْمُدَّعِي **(وَ)** لَكِنْ **(ادَّعَى)** بَعْدَهُ **(الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ)** وَكَذَّبَهُ الْمُدَّعِي **(فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ)** مِنْهُ ذَلِكَ **(إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)**؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا ادَّعَاهُ، وَالثَّانِي: يُقْبَلُ قَوْلُهُ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّ الْيَدَ تُصَدِّقُهُ فِي ذَلِكَ **(فَإِنْ عَجَزَ)** عَلَى الْأَوَّلِ **(عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلًا)** أَنَّهُ **(إِنْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ)** لِلْمُدَّعِي **(جَحْدَهُ)** بِسُكُونِ الْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ عَلَى أَنَّهُ مَصْدَرٌ مُضَافٌ لِلْفَاعِلِ، أَيْ: خَافَ أَنْ يَجْحَدَ=

....

=

الـمُدَّعِي (**الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَحِيلَتُهُ**) أَيْ: الـمُدَّعَى عَلَيْهِ (**أَنْ يَقُولَ**) فِي الْجَوَابِ (**إِنْ ادَّعَيْت**) عَلَيَّ (**مِلْكًا مُطْلَقًا**) عَنْ رَهْنٍ وَإِجَارَةٍ (**فَلَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمٌ**) لِمَا ادَّعَيْتَهُ عَلَيَّ (**وَإِنْ ادَّعَيْتَ**) عَلَيَّ مِلْكًا (**مَرْهُونًا**) عِنْدِي أَوْ مُسْتَأْجَرًا (**فَاذْكُرْهُ لِأُجِيبَ**) عَنْهُ، وَلَا يَكُونُ مُقِرًّا بِذَلِكَ، وَكَذَا يَقُولُ فِي ثَمَنِ مَبِيعٍ لَمْ يُقْبَضْ، وَعَكْسُ مَسْأَلَةِ المَتْنِ لَوْ ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ وَخَافَ الرَّاهِنُ جُحُودَ الرَّهْنِ لَوْ اعْتَرَفَ بِالدَّيْنِ.

قَالَ فِي الْجَوَابِ: إِنْ ادَّعَيْت أَلْفًا لِي عِنْدَكَ بِهَا رَهْنٌ هُوَ كَذَا فَاذْكُرْهُ حَتَّى أُجِيبَ، وَإِنْ ادَّعَيْت أَلْفًا مُطْلَقًا فَلَا يَلْزَمُنِي.

تَنْبِيهٌ: لَوْ ذَكَرَ المُصَنِّفُ قَوْلَهُ: أَوَّلًا بَعْدَ قَوْلِهِ بِالْمِلْكِ كَانَ أَوْلَى فَإِنَّ عِبَارَتَهُ تُوهِمُ تَعَلُّقَ أَوَّلًا بِخَافَ، وَلَا مَعْنَى لَهُ.

(**وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا**) عَقَارًا أَوْ مَنْقُولًا (**فَقَالَ**) فِي الْجَوَابِ (**لَيْسَ هِيَ لِي**) مُقْتَصِرًا عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يُضِفْهَا (**أَوْ**) أَضَافَهَا لِمَجْهُولٍ كَقَوْلِهِ وَ (**هِيَ لِرَجُلٍ لَا أَعْرِفُهُ**) أَوْ لَا أُسَمِّيهِ (**أَوْ**) لِمَعْلُومٍ لَا يُمْكِنُنِي مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ.

كَقَوْلِهِ: (**هِيَ لِابْنِي الطِّفْلِ**) أَوْ المَجْنُونِ مِلْكٌ لَهُ، وَلَوْ عَبَّرَ بِمَحْجُورِهِ كَانَ أَوْلَى (**أَوْ**) قَالَ هِيَ (**وَقْفٌ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ**) عَلَى (**مَسْجِدِ كَذَا**) وَكَانَ المُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ النَّاظِرُ (**فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ**) عَنْهُ (**وَلَا تُنْزَعُ**) الْعَيْنُ (**مِنْهُ**) لِأَنَّ ظَاهِرَ الْيَدِ لِلْمِلْكِ وَمَا صَدَرَ مِنْهُ لَيْسَ بِمُزِيلٍ وَلَمْ يَظْهَرْ لِغَيْرِهِ اسْتِحْقَاقٌ (**بَلْ يُحَلِّفُهُ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ**) لِلْعَيْنِ المُدَّعَاةِ (**إِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ**) بِهَا رَجَاءَ أَنْ يُقِرَّ أَوْ يَنْكُلَ فَيَحْلِفَ المُدَّعِي وَتَثْبُتَ لَهُ الْعَيْنُ فِي الْأُولَتَيْنِ، وَفِيمَا لَوْ أَضَافَهَا لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَالْبَدَلُ لِلْحَيْلُولَةِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي تَنْصَرِفُ عَنْهُ وَيَنْتَزِعُ الْحَاكِمُ الْعَيْنَ مِنْ يَدِهِ، فَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً =

....

=

عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا أَخَذَهَا، وَإِلَّا حَفِظَهَا إلَى أَنْ يَظْهَرَ مَالِكُهَا.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَا يُحَلِّفُهُ إلَّا إذَا لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ. قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَهُوَ قَيْدٌ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَالَّذِي فِي «الْمُحَرَّرِ» بَلْ يُقِيمُ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَوْ يُحَلِّفُهُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ. وَهَذَا مَعْلُومٌ مِمَّا مَرَّ أَنَّ الْمُدَّعِيَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَوْ يُحَلِّفَهُ، وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَمَا ذَكَرَ لِنَفْسِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ، رَجَّحَهُ ابْنُ الْمُقْرِي تبَعًا لِلْقَاضِي مُجَلِّي وَغَيْرِهِ

(وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ) أَيْ: بِالمَذْكُورِ **(لِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ)** بِالْبَلَدِ **(يُمْكِنُ مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ سُئِلَ)** عَنْ ذَلِكَ **(فَإِنْ صَدَّقَهُ)** انْصَرَفَتْ الْخُصُومَةُ عَنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَ**(صَارَتْ الْخُصُومَةُ مَعَهُ)** أَيْ: الْحَاضِرِ لِصَيْرُورَةِ الْيَدِ لَهُ، وَالْخُصُومَةُ إنَّمَا تَدُورُ بَيْنَ مُتَنَازِعَيْنِ .**(وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِغَائِبٍ)** عَنْ الْبَلَدِ وَلَا بَيِّنَةَ تَشْهَدُ لَهُ بِمِلْكِ الْمُدَّعِي بِهِ **(فَالْأَصَحُّ انْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ)** إلَيْهِ لِمَا مَرَّ، وَهَذَا بِالنِّسْبَةِ لِرَقَبَةِ الْمُدَّعَى بِهِ، أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِتَحْلِيفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَلَا يَنْصَرِفُ فِي الْأَصَحِّ بَلْ لَهُ تَحْلِيفُهُ كَمَا مَرَّ.

(وَيُوقَفُ الْأَمْرُ) فِي الْإِقْرَارِ بِالْمُدَّعَى بِهِ لِغَائِبٍ حَيْثُ لَا بَيِّنَةَ **(حَتَّى يَقْدَمَ)** ذَلِكَ **(الْغَائِبُ)** لِأَنَّ الْمَالَ بِظَاهِرِ الْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْغَائِبَ لَوْ قَدِمَ وَصَدَّقَ أَخَذَهُ، وَالثَّانِي: لَا تَنْصَرِفُ وَهُوَ ظَاهِرُ نَصِّ «الْمُخْتَصَرِ»؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِي يَدِهِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَهُ **(فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ قَضَى)** لَهُ **(بِهَا)** وَسُلِّمَتْ لَهُ الْعَيْنُ .**(وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ فَيَحْلِفُ)** الْمُدَّعِي **(مَعَهَا)** أَيْ: الْبَيِّنَةِ كَمَا مَرَّ فِي بَابِ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ صَارَ لَهُ بِحُكْمِ الْإِقْرَارِ، وَهَذَا مَا نَقَلَاهُ فِي «الرَّوْضَةِ» وَأَصْلِهَا عَنْ اخْتِيَارِ الْإِمَامِ وَالْغَزَالِيِّ، وَقَالَا: إنَّهُ أَقْوَى وَأَلْيَقُ بِالْوَجْهِ الْمُفَرَّعِ عَلَيْهِ، وَهَذَا هُوَ الْمُعْتَمَدُ **(وَقِيلَ)** بَلْ هُوَ قَضَاءٌ **(عَلَى حَاضِرٍ)** إذْ الْخُصُومَةُ مَعَهُ فَلَا يَحْلِفُ مَعَهَا، وَهَذَا مَا نَقَلَاهُ=

....

=

عَنْ تَرْجِيحِ الْعِرَاقِيِّينَ، وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: إِنَّهُ الْمُعْتَمَدُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ فَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَأَخَذَهُ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ وَصَدَّقَ الْمُقِرَّ رُدَّ إِلَيْهِ بِلَا حُجَّةٍ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَهُ بِإِقْرَارِ صَاحِبِ الْيَدِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ الْمُدَّعِي الْخُصُومَةَ مَعَهُ.

وَإِنِ ادَّعَى ذُو الْيَدِ أَنَّهَا لِلْغَائِبِ وَأَثْبَتَ أَنَّهُ وَكِيلٌ لِلْغَائِبِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ بِذَلِكَ عَلَى بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي لِزِيَادَةِ قُوَّتِهَا إِذَنْ بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ إِلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ بِوَكَالَتِهِ عَلَى الْغَائِبِ وَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْمِلْكِ لِلْغَائِبِ سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ لَا لِتَثْبُتَ الْعَيْنُ لِلْغَائِبِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ نَائِبًا عَنْهُ، بَلْ لِتَنْدَفِعَ عَنْهُ الْيَمِينُ وَتُهْمَةُ الْإِضَافَةِ إِلَى الْغَائِبِ، سَوَاءٌ تَعَرَّضَتْ بَيِّنَتُهُ لِكَوْنِهَا فِي يَدِهِ بِعَارِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهِ أَمْ لَا، وَهَذِهِ الْخُصُومَةُ لِلْمُدَّعِي مَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلِلْمُدَّعِي مَعَ الْغَائِبِ خُصُومَةٌ أُخْرَى، وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هِيَ مَعِي رَهْنٌ أَوْ نَحْوُهُ مِنَ الْحُقُوقِ اللَّازِمَةِ كَإِجَارَةٍ لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ لِتَضَمُّنِهَا إِثْبَاتَ الْمِلْكِ لِلْغَيْرِ بِلَا نِيَابَةٍ.

فَرْعٌ: لَوِ ادَّعَى جَارِيَةً عَلَى مُنْكِرِهَا فَاسْتَحَقَّهَا بِحُجَّةٍ وَوَطِئَهَا وَأَوْلَدَهَا، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ لَمْ تَكُنْ زَانِيَةً بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا تُنْكِرُ مَا يَقُولُ وَلَمْ يَبْطُلِ الْإِيلَادُ وَحُرِّيَّةُ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يَلْزَمُ غَيْرَهُ بِأَنْ وَافَقَتْهُ الْجَارِيَةُ عَلَى ذَلِكَ، إِذْ لَا يُرْفَعُ مَا حُكِمَ بِهِ بِرُجُوعٍ مُحْتَمَلٍ فَيَلْزَمُهُ الْمَهْرُ إِنْ لَمْ تَعْتَرِفْ هِيَ بِالزِّنَا وَيَلْزَمُهُ الْأَرْشُ إِنْ نَقَصَتْ وَلَمْ يُوَلِّدْهَا، وَقِيمَةُ الْوَلَدِ وَأُمِّهِ إِنْ أَوْلَدَهَا وَلَا يَطَؤُهَا بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا بِشِرَاءٍ جَدِيدٍ، فَإِنْ مَاتَ عَتَقَتْ عَمَلًا بِقَوْلِهِ الْأَوَّلِ، وَوَقَفَ وَلَاؤُهَا إِنْ مَاتَ قَبْلَ شِرَائِهَا، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ أَنْكَرَ صَاحِبُ الْيَدِ وَحَلَفَ أَنَّهَا لَهُ وَأَوْلَدَهَا ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فَيَأْتِي فِيهَا جَمِيعُ مَا مَرَّ.

وَاعْلَمْ أَنَّ مَا سَبَقَ هُوَ فِي جَوَابِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْحُرِّ، فَإِنْ كَانَ رَقِيقًا فَحُكْمُ جَوَابِ دَعْوَاهُ مَذْكُورٌ فِي قَاعِدَةٍ أَشَارَ إِلَيْهَا بِقَوْلِهِ .**(وَ)** هِيَ **(مَا قُبِلَ**=

....

=

إِقْرَارُ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ) لِآدَمِيٍّ مِنْ حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ **(فَالدَّعْوَى)** بِذَلِكَ **(عَلَيْهِ، وَ)** كَذَا **(عَلَيْهِ)** أَيْضًا **(الْجَوَابُ)** لَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ فِي ذَلِكَ دُونَ السَّيِّدِ لِعَوْدِ أَثَرِ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَخَرَجَ بِالْآدَمِيِّ عُقُوبَةُ اللهِ تَعَالَى فَلَا تُسْمَعُ فِيهَا الدَّعْوَى وَلَا يُطَالَبُ الْجَوَابُ كَمَا جَزَمَا بِهِ بَعْدُ فِي الْكَلَامِ عَلَى الْحَالِفِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَقًّا لِلْمُدَّعِي، وَمَنْ لَهُ الْحَقُّ لَمْ يَأْذَنْ فِي الطَّلَبِ وَالْإِثْبَاتِ.

تَنْبِيهٌ: تَصِحُّ الدَّعْوَى أَيْضًا عَلَى الرَّقِيقِ بِدَيْنِ مُعَامَلَةِ تِجَارَةٍ أَذِنَ فِيهَا سَيِّدُهُ. وَأُورِدَ عَلَى الْمُصَنِّفِ دَعْوَى قَتْلِ خَطَأٍ أَوْ شِبْهِ عَمْدٍ فِي مَحِلِّ لَوْثٍ فَإِنَّهَا تَكُونُ عَلَى الرَّقِيقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ يُقْسِمُ، وَتَتَعَلَّقُ الدِّيَةُ بِرَقَبَةِ الرَّقِيقِ، صَرَّحَ بِهِ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْطِ الرَّابِعِ فِي كِتَابِ الْقَسَامَةِ **(وَمَا لَا)** يُقْبَلُ إقْرَارُهُ بِهِ **(كَأَرْشٍ)** لِتَعْيِيبٍ أَوْ إتْلَافٍ **(فَعَلَى السَّيِّدِ)** الدَّعْوَى بِهِ، وَعَلَيْهِ أَيْضًا جَوَابُهَا؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ الَّتِي هِيَ مُتَعَلَّقُهَا حَقُّ السَّيِّدِ فَإِقْرَارُ الرَّقِيقِ فِيهَا لَا يُقْبَلُ، فَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ فَفِي سَمَاعِهَا وَجْهَانِ.

زقَالَ الرَّافِعِيُّ: وَالْوَجْهُ أَنَّهَا تُسْمَعُ لِإِثْبَاتِ الْأَرْشِ فِي الذِّمَّةِ لَا لِتَعَلُّقِهِ بِالرَّقَبَةِ. قَالَ تَفْرِيعًا عَلَى الْأَصْلَيْنِ: يَعْنِي أَنَّ الْأَرْشَ الْمُتَعَلِّقَ بِالرَّقَبَةِ يَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ أَيْضًا، وَأَنَّ الدَّعْوَى تُسْمَعُ بِالْمُؤَجَّلِ. تَتِمَّةٌ: قَدْ تَكُونُ الدَّعْوَى وَالْجَوَابُ عَلَى كُلٍّ مِنْ الرَّقِيقِ وَسَيِّدِهِ كَمَا فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ أَوْ الْمُكَاتَبَةِ، فَإِنَّهُ إنَّمَا يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى التَّزْوِيجِ، فَلَوْ أَقَرَّ سَيِّدُ الْمُكَاتَبَةِ بِالنِّكَاحِ حَلَفَتْ، فَإِنْ نَكَلَتْ وَحَلَفَ الْمُدَّعِي حُكِمَ بِالزَّوْجِيَّةِ، وَلَوْ أَقَرَّتْ فَأَنْكَرَ السَّيِّدُ حَلَفَ السَّيِّدُ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَحُكِمَ لَهُ بِالنِّكَاحِ وَيَأْتِي مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْمُبَعَّضَةِ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَلِفِ وَالتَّغْلِيظِ فِيهِ، وَفِي ضَابِطِ الْحَالِفِ.

قال المصنف: [فَصْلٌ: تُغَلَّظُ يَمِينُ مُدَّعٍ وَمُدَّعًى عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ، وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللِّعَانِ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ فِي فِعْلِهِ، وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا، وَإِنْ كَانَ نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَلَوْ ادَّعَى دَيْنًا لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ أَبْرَأَنِي حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ، وَلَوْ قَالَ جَنَى عَبْدُكَ عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا فَالْأَصَحُّ حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ. قُلْتُ: وَلَوْ قَالَ جَنَتْ بَهِيمَتُكَ حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَيَجُوزُ الْبَتُّ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ. وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْقَاضِي الْمُسْتَحْلِفِ، فَلَوْ وَرَّى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ اسْتَثْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ. وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حُلِّفَ، وَلَا يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ، وَلَا شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ. وَلَوْ قَالَ مُدَّعًى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ لَمْ يُحَلَّفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ. وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً حَكَمَ بِهَا. وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَقَضَى لَهُ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ، وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي احْلِفْ فَيَقُولُ لَا أَحْلِفُ، فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ، وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ حُكِمَ بِنُكُولِهِ. وَالْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كَإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ.

فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ الْمُدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنْ الْيَمِينِ وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ خَصْمِهِ، وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَقِيلَ أَبَدًا، وَإِنْ أُسْتُمْهِلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ أُسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمْهَلْ. وَقِيلَ ثَلَاثَةً، وَلَوْ أُسْتُمْهِلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجَوَابِ أُمْهِلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ. وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ فَنَكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ. وَلَوْ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحَلَّفْ الْوَلِيُّ. وَقِيلَ: يُحَلَّفُ. وَقِيلَ: إِنْ ادَّعَى مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ حُلِّفَ]. قال الشارح: [فَصْلٌ: تُغَلَّظُ يَمِينُ مُدَّعٍ وَمُدَّعًى عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ، وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللِّعَانِ)][1].

---

(١) هذا الجزء من «المنهاج» بطر بعض شرحه في الأصل، وقد شرحه الخطيب=

....

=

في «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٦٦-٦٨) فقال: **(تُغَلَّظُ) نَدْبًا (يَمِينُ مُدَّعٍ)** الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ أَوْ مَعَ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ **(وَ)** تُغَلَّظُ نَدْبًا أَيْضًا يَمِينُ **(مُدَّعًى عَلَيْهِ)** وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ الْخَصْمُ تَغْلِيظَهَا **(فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ)** كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ، وَلِعَانٍ، وَقَوَدٍ، وَعِتْقٍ، وَإِيلَادٍ، وَوِصَايَةٍ، وَوَكَالَةٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: التَّغْلِيظُ يَجْرِي فِي كُلِّ حَالَةٍ خَطَرٍ مِمَّا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: يَرِدُّ عَلَى هَذَا الْوِلَادَةُ وَالرَّضَاعُ وَعُيُوبُ النِّسَاءِ فَإِنَّهَا تَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَيَجْرِي فِيهَا التَّغْلِيظُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ قَبُولُ شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالمَرْأَتَيْنِ وَالنِّسَاءِ الْمُتَمَحِّضَاتِ لِقِلَّةِ خَطَرِهَا، بَلْ لِأَنَّ الرِّجَالَ لَا يَطَّلِعُونَ عَلَيْهَا غَالِبًا، وَقَدْ صَرَّحَ الشَّيْخَانِ بِهَذَا الْجَوَابِ بِالنِّسْبَةِ إلَى شَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُتَمَحِّضَاتِ، وَالمَعْنَى فِي التَّغْلِيظِ أَنَّ الْيَمِينَ مَوْضُوعَةٌ لِلزَّجْرِ عَنْ التَّعَدِّي، فَشُرِعَ التَّغْلِيظُ مُبَالَغَةً وَتَأْكِيدًا لِلرَّدْعِ، فَاخْتُصَّ بِمَا هُوَ مُتَأَكِّدٌ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ كَهَذِهِ المَذْكُورَاتِ وَتَوَقَّفَ الْإِمَامُ فِي الْوَكَالَةِ، وَقَالَ: التَّغْلِيظُ فِيهَا إنَّمَا يَكُونُ فِيمَا يَعْظُمُ خَطَرُهُ، وَالْوَكَالَةُ فِي دِرْهَمٍ لَا تَزِيدُ عَلَى مِلْكِ الدِّرْهَمِ، فَلَا يَبْعُدُ مَنْعُ التَّغْلِيظِ فِيهَا، وَلَكِنْ إطْلَاقُ الْأَصْحَابِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ) لَا فِيمَا دُونَهُ؛ لِأَنَّهُ المَوْصُوفُ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبَ الْمُوَاسَاةَ فِيهِ. نَعَمْ لِلْقَاضِي ذَلِكَ فِيمَا دُونَ النِّصَابِ إنْ رَآهُ لِجَرَاءَةٍ يَجِدُهَا فِي الْحَالِفِ. تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِ المُصَنِّفِ التَّغْلِيظُ فِي أَيِّ نِصَابٍ كَانَ مِنْ نَعَمٍ وَنَبَاتٍ وَغَيْرِهِمَا وَهُوَ وَجْهٌ حَكَاهُ المَاوَرْدِيُّ. وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ التَّغْلِيظُ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنْ شَعِيرٍ وَذُرَةٍ وَغَيْرِهِمَا لَا يُسَاوِي خَمْسِينَ دِرْهَمًا، وَالَّذِي فِي «الرَّوْضَةِ» وَأَصْلِهَا اعْتِبَارُ عِشْرِينَ مِثْقَالًا ذَهَبًا أَوْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ فِضَّةً تَحْدِيدًا، وَالْمَنْصُوصُ فِي «الْأُمِّ»، وَالمُخْتَصَرِ اعْتِبَارُ عِشْرِينَ=

....

=

دِينَارًا عَيْنًا أَوْ قِيمَةً، وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: إِنَّهُ الْمُعْتَمَدُ حَتَّى لَوْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ مِنْ الدَّرَاهِمِ اُعْتُبِرَ بِالذَّهَبِ. وَالْأَوْجَهُ كَمَا قَالَهُ شَيْخُنَا اعْتِبَارُ عِشْرِينَ دِينَارًا أَوْ مِائَتَيْ دِرْهَم أَوْ مَا قِيمَةُ أَحَدِهِمَا، وَحُقُوقُ الْأَمْوَالِ كَالْخِيَارِ وَالْأَجَلِ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ إنْ تَعَلَّقَتْ بِمَالٍ هُوَ نِصَابٌ غَلُظَ فِيهَا وَإِلَّا فَلَا، وَاحْتُجَّ لِلتَّغْلِيظِ بِمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ وَالْبَيْهَقِيُّ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّهُ رَأَى قَوْمًا يَحْلِفُونَ بَيْنَ الْمَقَامِ وَالْبَيْتِ، فَقَالَ: أَعَلَى دَمٍ؟

فَقَالُوا: لَا، فَقَالَ: أَفَعَلَى عَظِيمٍ مِنْ الْمَالِ؟ قَالُوا: لَا، قَالَ: خَشِيتُ أَنْ يَتَهَاوَنَ النَّاسُ بِهَذَا الْمَقَامِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ يَمِينُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَالْمُدَّعِي وَلَوْ مَعَ شَاهِدٍ كَمَا مَرَّ.

وَقَدْ يَقْتَضِي الْحَالُ التَّغْلِيظَ مِنْ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ كَعَبْدٍ خَسِيسٍ لَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ نِصَابَ الزَّكَاةِ ادَّعَى عَلَى سَيِّدِهِ عِتْقًا أَوْ كِتَابَةً فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ فَتُغَلَّظُ الْيَمِينُ عَلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مُدَّعَاهُ لَيْسَ بِمَالٍ، لَا عَلَى سَيِّدِهِ إذَا حَلَفَ؛ لِأَنَّ قَصْدَهُ اسْتِدَامَةُ مَالٍ قَلِيلٍ، وَتُغَلَّظُ فِي الْوَقْفِ إنْ بَلَغَ نِصَابًا عَلَى الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ. وَأَمَّا الْخُلْعُ بِالْقَلِيلِ مِنْ الْمَالِ إنْ ادَّعَاهُ الزَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ الزَّوْجَةُ وَحَلَفَتْ أَوْ نَكَلَتْ وَحَلَفَ هُوَ فَلَا تَغْلِيظَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِنْ ادَّعَتْهُ وَأَنْكَرَ وَحَلَفَ أَوْ نَكَلَ وَحَلَفَتْ هِيَ غُلِّظَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ قَصْدَهَا الْفِرَاقُ وَقَصْدَهُ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ.

أَمَّا الْخُلْعُ بِالْكَثِيرِ فَتُغَلَّظُ فِيهِ مُطْلَقًا، وَلَا تُغَلَّظُ عَلَى حَالِفٍ أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ يَمِينًا مُغَلَّظَةً بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّغْلِيظَ مُسْتَحَبٌّ وَلَوْ كَانَ حَلِفُهُ بِغَيْرِ الطَّلَاقِ كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ النَّصِّ، وَإِنْ قَيَّدَهُ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهِ بِالطَّلَاقِ **(وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ)** بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَحُضُورِ جَمْعٍ **(فِي)** أَثْنَاءِ كِتَابِ **(اللِّعَانِ)** لَكِنْ لَا يُغَلَّظُ هُنَا بِحُضُورِ جَمْعٍ كَمَا صَوَّبَهُ فِي زِيَادَةِ «الرَّوْضَةِ» انتهى.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: ادَّعَيَا عَيْنًا فِي يَد ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً سَقَطَتَا،

ورأيت في «روضة الحكام»: إذا ادَّعى الوصي فنكل الخصم، ينقل اليمين إلى الصبي حتى يحلف إذا بلغ، ويوقف المال إذا كان عينًا كما يوقف إذا كان القيم شاهدًا واحدًا، وادعى المدعي أن له شاهدًا آخر، وقيل: يخرج من يده.

قال جدي: والمذهب: إنها لا تخرج من يده، وإن كان دينًا في الذمة أمر بتعيينه أو حجر عليه في ماله حتى يبلغ الطفل، ومن قال في العين تخرج من يده يقول في الدين مثله. هذا لفظه، ولا وجه لأمره بتعيين الدين ولا باستخراجه منه، أفتى ابن عبد السلام أنه إذا ثبت دين الطفل أو مجنون على تركة مستحقها كذلك أنه يؤخذ في الحال، ولا يتوقف أخذه على بلوغه ويمينه؛ إذ لا يجوز تأخير حق يجب على الفور لأمر محتمل، قال: ولا يشهد كذلك شيئًا من أصول الشرع، ويتأخر اليمين إلى بلوغ الصبي رشده وإفاقة المجنون رشدًا، قاله في «الموصليات».

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ):

ادَّعَيَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ) أي: ولم ينسبها ذو اليد إلى أحدهما بحال لا قبل البينة ولا بعدها.

(وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً) أي: بأنها له.

(سَقَطَتَا) لأنهما متناقضتان الموجب، ولا ترجيح دليلين تعارضا ولا ترجيح، فعلى هذا كأنه لا بينة، ويصار إلى التحليف، ونسبه في «البحر» وغيره، وهذا القول إلى القديم، وفي «الشامل»: إنه المنصوص هنا يعني في **«المغني»**.

وقال في موضع آخر: إنه الجديد، وقاله غيره، قال الربيع: وهو الصحيح، والظاهر على ترجيحه جرى العراقيون وغيرهم، وقال البندنيجي: إنه المنصوص في «الأم» و«البويطي» وبه قال أحمد ومالك في رواية، واختاره المزني.

وَفِي قَوْلٍ تُسْتَعْمَلَانِ، فَفِي قَوْلٍ يُقْسَمُ، وَقَوْلٍ يُقْرَعُ، ....

قال: (**وَفِي قَوْلٍ تُسْتَعْمَلَانِ**) أي: صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان، وهذا ما عزاه في «الشامل» في موضع إلى القديم، وهو عند المراوزة مخصوص بما إذا لم يتكاذبا صريحًا، كما إذا شهدا بالملك، فإنا نقول: لعل واحدة منهما سمعت وصية أو ترى أو غيره، فأمَّا إذا تكاذبتا صريحًا بأن شهدت بقتله وقت كذا وأخرى بحياته، وقيد، وطريقة العراق: عدم الفرق، بل قال البندنيجي: إن التعارض أن تشهد كل بينة بضد الأخرى على صفة لا تنفك عن التكاذب بأن شهدت بينة أنه باع كذا من زيد مع الزوال، وأخرى أنه باعه من عمرو مع الزوال، أو أن عَمر قتل زيدًا بالبصرة، والأخرى أنه قتله بالكوفة.

واختار القاضي الحسين التساقط في كل موضع يقطع فيه بكذب إحديهما، وقول الاستعمال في كل مسألة يحتمل فيها صدق البينتين، والحاصل ثلاث طرق: القطع بالتساقط إذا لم يجمع القطع بالاستعمال إذا أنكر الجمع طرد القولين في الحالين، قال الرافعي: وهو الأشهر وإيراد، أي: الحسن العبادي ينساق إلى طريقة أخرى بنفي الخلاف، ويقطع بالتساقط عند تيقن الكذب في إحديهما، وبالاستعمال عند إمكان صدقها، كما في الوصية، قال مفرعًا على قول الاستعمال.

قال: (**فَفِي قَوْلٍ: يُقْسَمُ**) أي: ما يقبل القسمة، والمراد أن يجعل بينهما نصفين لما في «صحيح» ابن حبان عن أبي هريرة: «**إن رجلين تداعيا دابة، فأقام كل واحدٍ منهما شاهدين فجعلهما النبي ﷺ بينهما نصفين**»[1].

وعن أبي موسى: «**أَنَّ رَجُلَيْنِ اِخْتَصَمَا إِلَى رَسُول الله ﷺ فِي بَعِير فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِد منهما شَاهِدَيْنِ فَقَضَى بِهِ بَيْنهما نِصْفَيْنِ**»[2] قال الحاكم: صحيح على شرطهما، ورواه أبو داود بإسنادٍ كلهم ثقات وأعل بما سيأتي؛ ولأن البينة أقوى من إليه، ولو تساويا في اليد يقسم بينهما.

قال: (**وَقَوْلٍ يُقْرَعُ**) ويرجح جانب القارع لما في «مراسيل» أبي داود عن

(١) أخرجه ابن حبان (٥١٥٩). (٢) رواه أبو داود (٣٦١٧).

وَقَوْلٍ تُوقَفُ حَتَّى يَبِينَ أَوْ يَصْطَلِحَا، ....

سعيد بن المسيب قال: اختصم رجلان إلى رسول الله ﷺ في أمر فجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة، فأسهم رسول الله ﷺ بينهما وقال: «**اللَّهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَهُمَا**» فقضى للذي خرج له السهم[(١)] وذكر البيهقي له شاهدًا.

قال: (**وَقَوْلٍ تُوقَفُ حَتَّى يَبِينَ أَوْ يَصْطَلِحَا**) لأن إحديهما صادقة والأخرى كاذبة، فأشبه المرأة يزوجها وليَّان مرتبان وينسى السابق، وكما لو طلَّق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان، وسكت الشيخان عن ترجيح شيء من هذه الأقوال المفرَّعة على الاستعمال.

وقال القاضي الحسين والإمام: إن قول الوقف أعدلها، وصححه الفارقي.

وقال في «البسيط»: إنه الوجه، وفي «البيان»: قال الربيع: وهو الأصح، وقال الماوردي: إن البصريين امتنعوا من تخريجه وهو الأشبه؛ لأن وقف البينة على البيان يوجب الحكم به لا بالبينة، انتهى.

وبسط الشافعي في «الأم» القول في المسألة، ثم قال: وأنا أستخير الله تعالى في القول بالقرعة أو القسمة وأنا فيه واقف، ثم لا يعطى واحد منهما شيئًا ويوقف حتى يصطلحا، انتهى.

تتمات: إذا أقر ذو اليد بالعين لأحدهما بعد ما أقاما البينتين.

فإن قلنا: بالتساقط قبل إقراره وحكم به، وإن قلنا: بالاستعمال فوجهان:

أحدهما: يصير المقر له كصاحب يد فتُرجح بينته.

وثانيهما: لا؛ لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره قطعًا، وصار المقر له صاحب يد قاله في «الروضة» ولم يرجحا في صورة الوجهين شيئًا، ويشبه أن ترجيح ثانيهما لما ذكره فيما أجاب له المرجحون للتساقط من حديث أبي هريرة باحتمال كون المدعي في أيديهما

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٧٣).

وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ، ....

معًا، فأبطل البينتين وقسمه بينهما باليد، وجزم بعضهم بحمله عن ذلك، وعن حديث أبي موسى بأنه جاء في «سنن» أبي داود وغيره، وذكره البيهقي في «خلافياته»: إنه ليست لواحد منهما بينة، ثم قال البيهقي: وفيه مقال من وجهين:

أحدهما: إن سننه تختلف كما بيَّناه وهو حديث واحد.

والثاني: إن فيه إرسالًا يقال: إن أبا بردة لم يسمعه من أبي موسى، قال حماد بن سلمة: قال سماك بن حرب: أمَّا حديث أبي بردة بهذا الحديث، ولهذه العلة لم يخرجه الشيخان في «الصحيح» وأجابوا عن مرسل سعيد بأنه يحتمل أن يكون ذلك الأمر عتقًا أو قسمة قاله في «الشامل» وغيره، وعن القياس على أسبق النكاحين بإمكان التذكر هناك، وبالله التوفيق.

قال البغوي: زيف الشافعي قول القسمة، وقال: إنه قضاء على خلاف ما يدَّعيه كل واحد منهما بخلاف البينتين، وأعرضنا عن التفريع على قول الإقراع.

قال: **(وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا)** وادَّعى كل واحد منهما جميعها لنفسه كما سبق.

(وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ) قال الرافعي: هذا حاصل الفتوى عن طريقين الأولى، وبها أخذ الفوراني، يجيء القولان في السقوط والاستعمال، فإن أسقطنا ففي المال في أيديهما كما كان، وإن استعملنا فعلى قول القسمة يجعل بينهما ولا يجيء قول الوقف إذ لا معنى له مع ثبوت اليد، وفي القرعة وجهان ـ أي: وفي مجيء قول القرعة وجهان ـ كما قاله في «العمد».

والثانية: وبها قال ابن الصباغ والبغوي: يجعل المال بينهما؛ لأن بينة كل واحد منهما ترجحت فيما بيده وكان هو؛ لأنهم امتنعوا من إجراء الأقوال وقالوا: بحلها ما إذا خلت البينتان عن ترجيح، واليد من أسباب الترجيح، انتهى.

وابن الصباغ وغيره نقلوا المسألة عن «الأم» ولفظ «الشامل»: تنازعا دارًا في يدهما، وأقام كل بينة أن جميعها له حكم بينة كل واحدٍ منهما في نصفها؛

....

لأن مع بينته فيه يد، وهل يحلف مع بينته؟ فيه قولان ذكرناهما في بينة الداخل والخارج، انتهى.

وعبارة «تعليق» البغوي: ولو أقام كل واحد منهما بينة فيجعل الدار بينهما؛ لأن كل واحد منهما ترجحه بينته في النصف الذي في يده، وبيان هذا: إنه لو أقام أحدهما بينة سمعت في النصف الذي في يد صاحبه دون النصف الذي في يده، فصاحبه إذا أقام بينة سمعت على الذي في صاحبه، وفي الذي في يده ترجيحه باليد، ثم الذي أقام بينة أولًا يعيد البينة على النصف الذي في يده؛ لأن الذي في يده قد زال بإقامة صاحبه البينة، فلا جزم بقول يحتاج إلى إقامة البينة؛ ليقع التعارض باليد، ثم تكون الدار بينهما نصفين حتى لو لم تعد البينة تقضي لشريكه بكل الدار، انتهى.

ونقل الرافعي ـ يعني هذا ـ في المختصر عن الأئمة، ثم قال: وقال في «الوسيط»: لا يبعد أن يتساهل في الإعادة، انتهى.

تنبيهات وتتمات:

منها: الطريقان فيما إذا شهدت كل بينة بجميع الدار، فأمَّا إذا شهدت لكل منهما بينة بالنصف الذي في يد صاحبه حكم القاضي لكل واحد منهما بما في يد صاحبه، ويكون المال في يدهما أيضًا كما كان، لكن لا بجهة التساقط ولا بجهة الترجيح باليد ولو كان لأحدهما بينة دون الآخر قضي له بالكل، سواء شهدت له بالكل أو بالنصف الذي بيد صاحبه.

ومنها: صورة المسألة كما قال الماوردي: إذا تكافأت البينتان، أمَّا لو ترجحت إحداهما بتقديم الملك خلص لصاحبها النصف الذي بيده ويقابل في النصف الآخر ترجيح بينة تقديم الملك، وترجيح بينة الآخر باليد، فعلى قول أبي إسحاق: يحكم له ترجيحًا لبينته تقديم الملك وقصر جميع الدار له، وعلى ظاهر المذهب وما عليه الجمهور: يحكم بالنصف الآخر لذي اليد، فتصير الدار بينهما نصفين بغير أيمان قولًا واحدًا؛ لأنه محكوم لها بالنصفين من غير

....

إسقاطٍ لهما ولا قسمة باستعمالهما.

ومنها: لو لم يكن لواحدٍ منهما بينة فكل واحدٍ مدَّعٍ في نصف، ومدَّعًا عليه في نصف، فيحلف كل على نفي ما يدعيه الآخر ولاً يتعرفن واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده نص عليه الشافعي رضي الله عنه وهو المذهب، فإن حلفا أو نكلا ترك المال في يدهما كما كان وأحلف واحد قضي له بالكل، ثم إن حلف من بدأ القاضي به ونكل الآخر بعده حلف الأول اليمين المردودة، وإن نكل الأول وبذل الثاني اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي بيده ويمين الإثبات للنصف الذي ادَّعاه هو فهل يكفيه الآن يمين واحدة يجمع النفي والإثبات أم لا بدّ من يمين للنفي وأخرى للإثبات؟ فيه وجهان:

أصحهما: في «أصل الروضة» الأول، فيحلف أن الجميع له لا حق لصاحبه فيه، أو يقول: لا حق له في النصف الذي يدعيه والنصف الآخر لي قاله الرافعي، وقال ابن أبي الدم: يحلف كل واحدٍ منهما أنه مالك لنصفها ولا يحلف أنه مالك لجميعها، وإن كان مدعيًا لجميعها وفيه وجوه: إنه يحلف على الجميع اعتبارًا بالدعوى هكذا ذكره الماوردي، وذكر القاضي أبو الطيب في «التعليق»: إنه يحلف على النصف ولا يجوز أن يحلف على الكل، قال: ومن صار إلى أنه يحلف على الكل فقد أخطأ، قال: وهكذا الحكم فيما إذا تداعيا حائطًا بين داريهما وسقفًا بين سفل وعلو يحلف كل واحد على النصف ولا يحلف على الكل، انتهى.

وهذا ما صححه الشيخان في الصلح، والمنسوب ثَمَّ في «الحاوي» و«البحر» إلى الجمهور: إنه يحلف على جميعه؛ لأنه يحلف على ما يدَّعيه وهو يدَّعي جميعه.

وسبق أنه على الوجهين: إنه لا بدّ أن يتضمن يمينه النفي والإثبات، وإن في «النهاية» أنه يحلف على النصف الذي بيده يمين النفي، والذي بيد صاحبه يمين الإثبات.

....

وقال الماوردي: إذا اختلفا في متاع البيت حلف كل واحد من الزوجين على نصفه وجعل بينهما نصفين، ولا يحلف على ما في يد صاحبه، وعند أبي حنيفة: يحلف كل واحدٍ منهما على جمعه.

قال ابن أبي الدم: وهذا تناقض ما ذكره في مسألة الحافظ، ويجب طرد الخلاف في متاع البيت، وقال الشيخ أبو علي: يحلف كل واحدٍ: إنه لا يلزمني تسليم ما في يدي إليك، ثم يقسم بينهما نصفين، وقال الشيخ أبو نصر: يحلف كل واحدٍ على ما في يده وهو نصفه، انتهى.

فَرْعٌ: في يده عين فادَّعاها زيد وأقام بها بينة، فحكم له بها وسُلِّمت إليه، ثم جاء عمرو فادَّعاها وأقام بينة بها، قال ابن سريج: تعارضت فإن قلنا: بالسقوط فكما لو لم تكن بينة، وإن قلنا: يستعملان فهل يحتاج زيد إلى إقامة بينة؛ ليعارض بها بينة عمرو؟ ينبني على القولين في البينتين إذا شهدت إحداهما تملك متقدم، فإن قدَّمناها لم يحتج زيد إلى إعادة بينة، وإن قلنا: باستوائهما فهل يحتاج زيد إلى إقامة بينة؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يحتاج إلى إعادتها قد أثبتت الملك له يوم الشهادة، والأصل: بقاؤه إلى أن يعلم خلافه.

والثاني: يحتاج إلى إعادة بينته؛ لأن الحكم والتعارض في الملك في الحال، وبينة زيد لم تشهد له بالملك في الحال بل في وقت متقدم، فلا بدّ أن يثبت له الملك في الحال؛ لتعارض البينة التي شهدت لعمرو بالملك في الحال، ذكره العمراني وغيره.

فَرْعٌ: ادَّعى نصف دار وآخر كلها وهي بيد ثالث، وأقام كل بينة تعارضتا في النصف فعلى قولين: «الوجيز» يسقطان في النصف المتعارض فيه، وأمَّا النصف الآخر فعن ابن سريج وجماعة: إنه على قولين في تبعيض الشهادة إن منعناه يطلب في ذلك النصف أيضًا وكان لا بينة لهما، وإن نقضاها سلَّم النصف لمدعي الكل.

....

وامتنع الشيخ أبو حامد من هذا التخريج، وقال: موضع الخلاف ما إذا كان الرد في البعض لتهمة من عداوة وغيرها، فأمَّا إن كان بسبب التعارض فما ينبغي أن يتأثر به الباقي، أمَّا إذا قلنا: بالقسمة عند التعارض ترد كل بينة في بعض ما شهدت به ولا يخرج الباقي على ذلك الخلاف، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي، وإن قلنا: بالاستعمال سلَّم المدَّعي الكل النصف، ويقسم النصف الآخر، وإن قلنا: بالقسمة ويكون لمدَّعي الكل ثلاثة أرباعها، وإن أقرعنا فيقرع للنصف، وإن توقفنا وقف، ولو تداعياها لذلك وهي في يدهما والقول قول مدَّعي النصف في النصف الذي بيده، فإن أقام الآخر بينة بالكل قضي له بالكل، وإن أقام كل واحدٍ بينة بدعواه بقيت في يدهما كما كانت، ولكن التصوير فيما إذا أقام مدَّعي الكل بينة أو لا؛ لأن الآخر لا يدَّعي إلا النصف وهو ذو يد فيه، وذو اليد لا يحتاج إلى بينة في الابتداء كما سنبينه، فإذا أقامها أقام مدَّعي النصف بينة فرجح باليد ولا يضر تعرض بينة مدَّعي الكل للكل، وإن استغنى عنها في النصف الذي بيده، ولو اقتصرت البينة على أن النصف الذي بيد صاحبه له حصل العرض أيضًا، ولو ادَّعى أحدهما الثلث والآخر الكل، فإن كانت الدار بيد ثالث فعلى قولٍ يتساقطان في الثلث، وهل تبطل بينة الكل في الثلثين؟ فيه ما سبق من الترجيح على التبعيض ومنعه، وإن استعملنا وقسمنا حصل لمدعي الكل خمسة أسداسها، وإن أقرعنا أقرع في الثلث، أو بالتوقف، وقد وقف، وإن كانت في يدهما وأقام كل بينة فلمدعي الثلث الثلث، والباقي للآخر.

فَرْعٌ: في يد بكر دار فادَّعى زيد نصفها، فصدَّقه، وعمرو نصفها فكذَّبه بكر وزيد، ولم يبدِ واحد منها لنفسه، فهل تُسلَّم لعمرو أو توقف بيد بكر، أو ينتزعها القاضي ويحفظها إلى ظهور مالكها؟ أوجه أوردها الفوراني، زاد في «الروضة».

قلت: أقواها الثالث، والله أعلم.

وقد قال فيما إذا ادَّعى عليه عينًا فقال: هي لرجل لا أعرفه أو لا أسميه أن أصح هذه الأوجه ألَّا تنزع من يده، كما سبق بما فيه، ولعل هذه الصورة أولى بالإبقاء في يده.

وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةً قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي، وَلَوْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ مُسْتَنِدًا إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَاعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ شُهُودِهِ سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ، وَقِيلَ: لَا.

فَرْعٌ: دار بيد ثلاثة، ادَّعى أحدهم كلها وآخر نصفها والثالث ثلثها، وأقام كل واحد من الأولين بينة على ما ادَّعاه دون الثالث، فلمدعي الكل الثلث بالبينة وباليد، ولمدَّعي النصف كذلك، ثم لمدعي الكل أيضًا نصف مما في يد الثالث بينة التسليم عن المعارض، وفي النصف الآخر منه بينته وبينة مدَّعي النصف، فإن أسقطاها فالقول قول الثالث في هذا السدس، وفي بطلان البينتين فيما سوى هذا السدس الطريقان السابقان في تبعيض الشهادة، وإن قلنا بالاستعمال لم يحلف الإقراع والتوقف، وإن قسمنا قُسِّم بينهما هذا السدس بالسوية، فيصير الكل نصف ونصف سدس، وللمدعي الباقي، هكذا أورده الشيخ أبو علي وغيره.

فَرْعٌ: تداعا عينًا في يد ثالثٍ، فأنكر وأقام أحدهما بينة أنه غصبها منه، وأقام الآخر بينة أنه أقر بغصبها منه، فالبينة الأولى أولى؛ لأنه لما ثبت الغصب من طريق المشاهدة، فقد أقرَّ هو بالغصب لغيره فلغي إقراره، نصَّ عليه في «الأم» و«المختصر» وجرى عليه الأصحاب.

قال الأئمة: ولا زعم هاهنا ولا عزم هاهنا على المقر للمقر له قولًا واحدًا، وقد ذكرنا هذا الفرع مرة، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةً قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمدَّعِي، وَلَوْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ مُسْتَنِدًا إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَاعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ شُهُودِهِ سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ وَقِيلَ: لَا**) من أسباب الترجيح عندنا اليد، فتقدم بينة الداخل وهو ذو اليد على بينة الخارج وهو من لا يد له في المدعي، إلا بمسائل يأتي ببيانها ـ إن شاء الله تعالى ـ إذا عرفت هذا فهل يشترط في سماع بينة الداخل أن بين سبب الملك من شراء أو إرثٍ أو غيرهما فيه وجهان:

أحدهما: نعم إذ ربَّما اعتمد بظاهر يد، وأصحهما: سماعها مطلقة كتبه

....

الخارج مع احتمال أنهم اعتمدوا يدًا سباقة، كذا أورد الخلاف وجهين تبعًا للمراوزة.

قلت: قال إبراهيم المروزي: واختار القاضي الحسين الاشتراط احتياطًا.

قلت: والمختار عند عبارة البينة؛ لأنها قد تظن ما ليس بسبب الملك سببًا، وروى الماوردي والبندنيجي الخلاف قولين: القديم: نعم، والجديد: الاكتفاء بالإطلاق، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين أن تبين الداخل والخارج والسبب الملكي، أو يطلقا ولا بين إسناد البينتين إطلاقهما، إذا سمعنا بينة الداخل مطلقة، ولو تعرضنا للسبب فلا فرق بين أن يتفق السببان أو يختلفا، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص بأن يقول كل واحد منهما: اشتريته من زيد أو يسند إلى شخصين، وقيل: إذا أُسند إلى شخص واحد تساويا باتفاقهما على أن اليد كانت لثالث، وكل واحد يدعي الانتقال منه، ذكره الفوراني، واقتضى إيراد الرافعي شذوذه.

وحكى الماوردي الوجهين فيما إذا كانت دعواهما انتقال ذلك إليهما منه بالبيع، واقتضى إيراده ترجيح التسوية كما بينته في «الغنية» إذا علم فمتى يسمع بينة الداخل، ولها أحوال:

أحدها: أن يقيمها قبل أن يدعي عليه شيئًا، وظاهر المذهب أنها لا تسمع؛ لأن الحجة إنما تقام على خصم ولا خصم، فلا حاجة إليها، وقيل: تسمع لغرض التسجيل.

الثاني: أن يقيمها بعد الدعوى وقبل إقامة الخارج البينة فإن سمعنا بها في الحالة الأولى وإلا فوجهان: أصحهما: المنع أيضًا.

الثالث: أن يقيمها بعد إقامة الخارج البينة وقبل تعديلها، فإن سمعناها في الحالة الثانية فهنا أولى، وإلا فوجهان: أصحهما: تسمع ويحكم بها؛ لأن يده حينئذ قد أشرفت على الزوال، فنمت الحاجة إلى تأكدها ودفع الظاهر فيها.

الرابع: أن يقيمها بعد بينة المدعي وتعديلها وقبل الحكم بها فقد أقامها

....

في أوانها فتسمع لا محالة، فإن لم يقمها حتى قضى القاضي للمدعي وسلَّم المال إليه.

قال الرافعي: فإن لم يسند الملك إلى الأول فهو الآن مدع خارج، وإن أسندها إلى ما قبل إزالة يده واعتذر بغيبة الشهود ونحوها فهل تسمع بينته، وتقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك اليد مقضي بزوالها وبطلانها ولا ينقض القضاء.

وأصحهما: إنها تسمع كبينة أجنبي يقيمها بعد قضاء القاضي للمدعي وينقض القضاء الأول؛ لأنها إنما أزيلت لعدم الحجة، وقد قامت الحجة الآن، وإن أقام البينة بعد القضاء للمدَّعي وقبل الانتزاع والتسليم فوجهان مرتبان، وأولى بالسماع والتقديم؛ لبقاء اليد حينًا، وبالمنع أخذ القاضي الحسين.

قال الهروي: قال القاضي الحسين: أشكلت على هذه المسألة نيفًا وعشرين سنة لما فيها من نقص الاجتهاد بالاجتهاد وتردد جوابي فيها، فذكرت مرة: إنه تأكد الحكم بالتسليم لم ينقض، وإن لم يتأكد فوجهان، ثم استقر رأي على أنه لا ينقض؛ سواء كان قبل التسليم أو بعده، هذا حاصل ما أورده الرافعي في المسألة، وله:

تنبيهات:

منها: في «فتاوى» البغوي: إنه لو أقام بينة أن هذه الدار التي بيد زيد وقفها، أي: علي، وكانت ملكًا له يوم وقف، فأقام زيد بينة أنها ملكه قضي لزيدٍ ليده، وهذا قضية إطلاق الكتاب وغيره، وربما ذكرت فيه خلافًا.

ومنها: أطلق في «المهذب» وغيره: إنه لو حكم للخارج وسلَّمه العين، ثم أقام الداخل البينة إنها ملكه، فإنها تسلم إليه، وهو ما أورده الماوردي والقاضي أبو الطيب، وادَّعى فيه الإجماع، ونقله ابن شداد عن العراقيين، ثم قال وحكى الخراسانيون وجهًا: إنها لا تسمع.

....

قال ابن الرفعة: وحكى الإمام في سماع بينته عن القاضي الحسين وجهين:

أحدهما: تسمع إذا أسندت الملك إلى حال قيام يده ثم أدامته إلى إحالة الدعوى، كما كان يقضى له لو أقامها زيد بعد قائمة.

وأظهرهما: عند القاضي المنع، نعم إن أقام بينة على تملك من صاحب اليد الآن سمعت.

قال الإمام: وهذا الوجه يحتاج إلى شرح، فذكره ثم قال: وحاصل هذا الوجه: إن البينة المطلقة كانت تسمع منه في حال دوام يده على المذهب الظاهر، وإذا أزيلت يده فلا تسمع، أي: مطلقة.

وسلك الرافعي تبعًا للغزالي في التفسير عن الحكم في هذه المسألة ما سبق، وحاصل ما ذكر يرجع إلى ذكر خلاف في سماع البينة مطلقة في حالتي إسناد الملك إلى ما قبل إزالة اليد وفيما إذا لم يسنده، أمَّا الأول فظاهر، وأمَّا إذا لم يسنده فقال: إنه الآن يدّعي خارج، يعني: خارج انتزعت العين منه بالبينة، ولهم فيمن انتزعت العين منه بالبينة وعاد فادَّعى ملكها، فهل تسمع دعواه من غير ذكر تلقي الملك من ذي اليد أم يكفيه دعوى الملك مطلقًا؟ وجهان:

الوجه الأول: جعله كأجنبي ودعواه المطلقة مسموعة بلا خلاف، فإذا أقام بينة مطلقة قضي له بها كما قاله القاضي الحسين وغيره، وعزاه الإمام إلى الأكثرين.

والوجه الثاني: وذكر الرافعي: إن بعض أصحاب الإمام قال: إنه الذي ذكره الأكثرون القياس على ما لو انتزعت منه بإقراره، فإنه يحتاج إلى ذكر التلقي الأعلى، ووجه شاذ سيأتي، وبالأول جزم الرافعي، أي: وخلائق وهو المذهب، وفرَّق الأولون بأن المقر مأخوذ بقوله في حق نفسه في المستقبل، ولهذا من أقر أمس يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن في الإقرار كثير فوائد، وحينئذٍ يستصحب ما أقر به إلى أن يثبت انتقال بخلاف البينة، فإنها لم تشهد

....

إلا على الملك في الحال فلم يتسلط أثرها على الاستقلال، ومال الرافعي إلى ترجيح الوجه الأول وقال: إن مقتضى كلام الأصحاب ترجيحه؛ لأنَّا حكينا عنهم فيما إذا أقام الرجل بينة بالملك بعدما انتزعت العين بالبينة هل تسمع بينته ويقضي له بها خلافًا؟ **والأصح**: السماع والقضاء، وذلك الاختلاف مفروض فيما إذا أطلق دعوى المال ولم يذكر التلقي، فأمَّا إذا ادَّعى التلقي فلا بدّ أن تسمع دعواه، وقد صرَّح به أبو الحسن العبادي.

قلت: وإبراهيم المروزي وإذا كان الاختلاف في إطلاق الدعوى ورجحنا وجه السماع؛ لزم أن يكون الراجح هاهنا: إنه لا حاجة إلى ذكر التلقي، قال ابن الرفعة: قلت: وفي هذا التخريج نظر؛ لأن محل السماع، ثم إذا أسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد يكفيهما بالدعوى السابقة معتذر التأخير إقامة البينة عن محلها بعينها مكانه إقامها قبل الحكم عليه، ودافعًا لما شهدت به بينة الخارج من أصله، فكذلك ينقض الحكم على هذا الوجه ويعذره كأن لم يكن، وليس كذلك هاهنا؛ لأن هذه دعوى منكرة وبينة مستأنفة، فلا يحسن إلحاقها بتلك البينة، والله أعلم، انتهى.

وهذا تحقيق ظاهر، وقول الشيخين: واعتذر بغيبة شهوده يقتضي اشتراط ذلك السماع والحكم وسكت عنه ساكتون، فإن اعتبر لظاهر أن دعواه الجهل بالبينة، أو بأنها تسمع منه مع حضورها كاعتذاره بغيبتها.

ومنها: وهو تتمة لما قبله، قال ابن أبي الدم: حكى الإمام عن القاضي الحسين: إنه لو أقامت بينة الخارج ولم يتمكن الداخل من إقامة بينة، فسلَّم القاضي العين إلى الخارج، ثم أحضر الداخل بينة فهل تسمع؟ فيه وجهان، قال القاضي:

أظهرهما: لا تسمع إلا أن يقيم بينة على تملك من وجهه الخارج، قال: والذي رأيته في «تعليق» القاضي ضد ما ذكره الإمام عنه، قال القاضي في «تعليقه» في موضع: إذا أقام الداخل بينة بعد القضاء عليه وقبل نزع العين من يده فيه وجهان: أصحهما: لا تسمع وبعد النزع مرتب على ما قبل النزع، ثم قال.

....

فَرْعٌ: لو أقام الداخل بينة بعد نزع العين من يده بأنه اشترى العين من الخارج أو وهبها منه وأقبضها له؛ لا تقبل منه قولًا واحدًا إلا أن هذا يؤدي إلى نقض قضاء القاضي، هذا لفظه وهو يناقض لما حكاه الإمام قطعًا، انتهى.

وسيأتي عن «فتاوى» القاضي ما ينازع فيما حكاه عن «تعليقه».

ومنها: قال الرافعي: هل يحلف الداخل مع بينته؟ فيه وجهان أو قولان:

أصحهما: ويحكى عن نصه في «القديم»: إنه لا يحلف كما لا يحلف الخارج مع البينة.

والثاني: يحلف؛ لاحتمال أن الشهود شهدوا بظاهر اليد، وبنوا هذا الخلاف على أن القضاء للداخل باليد أم بالبينة المرجحة باليد؟ أحد المأخذين: إن القضاء باليد؛ لأن البينتين إذا تعارضتا تساقطتا وصار كأنه لا بينة، فعلى هذا لا بد من اليمين.

والثاني: إن القضاء بالبينة وإنما ترجحت باليد كما يترجح الدليل في الأحكام الشرعية على معارضة، وإنما تسقط البينتان إذا تعارضتا بلا ترجيح، فعلى هذا لا حاجة إلى اليمين، انتهى.

وذكر غيره أن المنصوص: إنه لا يحلف وهو المذهب في «البحر» لكن قضية هذا البيان يكون الصحيح وجوب اليمين؛ لأن المذهب التساقط، ولهذا قال إبراهيم المروزي: وحيث سمعنا بينة الداخل ورجحناها هل يحلف معها؟ إن قلنا في بينتي الخارجين يتهاتران ويحلفان فهنا يحلف المدَّعى عليه، وإن قلنا يستعملان فهل يحلفان مع القرعة أم لا؟ فيه قولان، فعلى هذا في المدَّعى عليه وجهان:

أحدهما: بلى؛ لقطع الشبهة.

وأظهرهما: لا، ويكتفي بيده ترجيحًا، انتهى.

قال ابن الرفعة: وكلام الإمام والقاضي الحسين مصرَّح بإجراء الخلاف في اليمين، وإن قلنا القضاء بالبينة، ثم قال: قال الإمام: إنَّا إذا حلَّفناه على

....

قول التهاتر حلَّفناه على النفي، وإذا حلَّفناه على قول الاستعمال حلَّفناه على إثبات الملك كما يحلف من خرجت له، وعبارة ابن أبي الدم: وهل يشترط في ترجيحه أن يحلف مع بينته إن طلب الخارج يمينه؟ فيه وجهان: فإن قلنا يحلِّفه فيحلف على إثبات ملكه لا على نفي ملك الخارج، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: وهل يحلف ذو اليد مع بينته أم لا؟ فيه قولان: أحدهما: لا كالخارجي، والثاني: يحلف؛ لاحتمال شهادتهم بظاهر اليد، وربما تكون العين في يده بإعارة أو إجارة، وأصل هذين القولين: إن الترجيح حصل بالبينة أم باليد فيه وجهان: إن قلنا باليد حلف؛ لأنه قد تعارضت البينتان فسقطتا، ومن أصحابنا من قال: القولان يبنيان على تعارض البينتين في غير موضع ذي اليد، إن قلنا هناك يسقطان فهاهنا يحلف، وإن قلنا هناك يستعملان فهنا تقدم بينة باعتبار يده ولا يحلف، قال: وهذا أصح، انتهى.

ومنها: سبق أنه إذا انتزعت العين ببينة الخارج، ثم أقام الداخل بينة، إن الصحيح أنه يحكم له بها، وكنت أجزم بأنه محمول على ما إذا كان الحاكم ممن تقدم بينة الداخل أو وجدت قبل الحكم، كما دلَّ عليه كلام كثيرين.

ثم رأيت الماوردي قال قبل بَابِ الْقَافَةِ: إنه لو أقام زيد بينة بملكه دار في يده، ثم أقام عمرو بينة بأن حاكمًا حكم له على زيدٍ بملكها كشفت عن حكم الحاكم له، فإن بان أنه حكم له بها؛ لأن زيدًا لم يمكن له في تلك الحال بينة فنزعها منه بالبينة، وجب أن يتبين فساد حكمه بها لعمرو؛ لأن زيدًا قد أقام بها بينة مع يده، وإن بان أنه حكم له بها لعدالة بينته وجرح بينة زيد، فإن أعاد زيد تلك البينة المردودة لم يقبل واستمر الحكم لها لعمرو، وإن أقام بينة غيرها حكم له بالدار ونقض الحكم بها لعمرو، ولو بان أنه حكم بها لعمرو مع عدالة بينة كل واحد منهما؛ لأنه ممن يرى تقديم بينة الخارج على بينة الداخل ففي نقض حكمه بها لعمرو وجهان: **أحدهما**: المنع؛ لنفوذه باجتهاد، **والثاني**: ينقض ويحكم بها لزيد؛ لأن هذا الاختلاف وإن لم يكن فيه نص فالقياس فيه حكى والاجتهاد فيه قوي، فينقض بأقوى الاجتهاديين أضعفهما، وإنما ينقض

....

الاجتهاد بالاحتمال مع التكافؤ، واحتمال الترجيح.

قلت: وعلى الأول اقتصر شريح الروياني وهو الصحيح وقضية كلام الجمهور، ثم قال: وإن بان أنه حكم بها له ببينته ولم تسمع بينة زيدٍ نظر في الحاكم، فإن كان يرى ألَّا يحكم ببينة الداخل مع بينة الخارج ففي نقض حكمه الوجهان، وإن كان يرى تقديم بينة الداخل فلم يسمعها بعد سماع بينة الخارج نقض حكمه بها لعمرو وحكم بها لزيدٍ، وإن لم يتبين بعد الكشف البيِّن الذي أوجب الحكم بها لعمرو مع ثبوت يد زيدٍ وبينته، ففي نفوذ الحكم بها لعمرو وجهان، واقتضى كلامه: ترجيح النفوذ هنا، وضعف وجه النقض.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القاضي الحسين: رجل ادَّعى على رجل بأن هذه الدار أو الضيعة التي بيدك أقررت بأنها عارية في يدك من قبلي وأقام البينة بذلك، ثم أقام المدَّعى عليه بينة بأن تلك العين كانت ملكًا لأبي ووهبها مني، أو لأجنبي فباعها مني، أو أقام بينة مطلقة على أنها ملكه لم يكن ذلك دفعًا لبينة المدَّعي إلا أن يقيم بينة بأني ملكت هذه العين من جهة هذا المدَّعي بهبة أو شراء، انتهى.

وهذا منه موافق لكلام الأصحاب، ومخالف لما نقله ابن أبي الدم عن «تعليقه» وذكر في «الفتاوى» أيضًا: إنه لو ادَّعى عليه عينًا في يده فأنكر وحلف ثم مات، فليس للمدَّعي أن يحلِّف الوارث ثانيًا، فلو جاء وادَّعى على الوارث ثانيًا فأقام الوارث بينة إن أبانا حلف أو أقر للمدَّعي بذلك لم يجز له تحليفه، فإن أقام بينة على الوارث أخذ الحق كما لو أقامها على المورث في جناية، وكذا لو ادَّعى دينًا على رجل وحلَّفه ثم مات، فليس له تحليف الوارث وإن أقام بينة أخذ بها ما يدعيه، وقال في كره لعله أصح: إذا حلف المدَّعى عليه ثم مات، فادَّعى على وارثه بأن لي على أبيك كذا وأنت تعلم والتركة في يدك له أن يحلِّفه ثانيًا على العلم؛ لأنه يقول: حلف أبوك كاذبًا، ثم إذا حلف الوارث ومات له تحليف الوارث الثاني، انتهى.

وهذا حسن ويجب الجزم به إذا قال للوارث: وأنت تعلم وإنه حلف كاذبًا، أو قال: وأنت تعلم أن العين ملكي وإنه حلف كاذبًا، والله أعلم.

وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ: هُوَ مِلْكِي اشْتَرَيْته مِنْك، فَقَالَ: بَلْ مِلْكِي وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَ الْخَارِجُ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ الْخارِجُ: هُوَ مِلْكِي اشْتَرَيْته مِنْك، فَقال: بَلْ مِلْكِي، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ، قُدِّمَ الْخارِجُ**) أي: على المشهور لزيادة علم بينته وهذا ما أورداه، وزعم ابن الرفعة في «الكفاية»: إن بينة الخارج إذا بينت سبب الملك من بيع أو إيهاب ونحوها، وأطلقت بينة الداخل الشهادة بالملك إنها تقدم نصَّ عليه الشافعي، وعند بينة ابن سريج: بينة الخارج أولى؛ لأن معها زيادة علم، قال: كذا حكاه ابن أبي الدم.

قلت: والذي رأيته في «أدب القضاء» له: إن مذهبنا أن بينة الداخل تقدم على بينة الخارج إلا في مسائل:

منها: إذا أقام الخارج بينة أنه اشتراها من ذي اليد، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه مطلقًا، رجحنا بينة الخارج.

ومنها: إذا أقام الخارج بينة أنه اشتراها من ذي اليد وبينة أنه ورثها من أبيه، فبينة الخارج الجارح أولى، ذكره القاضي الحسين في «تعليقه».

ومنها: إذا أقام الخارج بينة أن العين ملكه، فإن ذا اليد غصبها منه، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه مطلقًا، قال القاضي الحسين في موضعين من «تعليقه»: بينة الخارج أولى، قال: وفيه إشكال، وعند الأصحاب: بينة ذي اليد أولى، وحكى البغوي فيها وجهين مخالفًا لما أفتى أستاذه، وقال العراقيون كلهم أو غالبهم: بينة الخارج أولى، ولم يحك أحد منهم فيما أعلمه خلافًا، وقال الشيخ أبو علي: الصحيح إنه يقضى لذي اليد، والصحيح عندنا ما اختاره العراقيون؛ لأن مع بينة الخارج زيادة علم، وهو غصب ذي اليد لها منه، وبينة ذي اليد اعتمدت على ظاهر الذي ثبتت بينة الخارج أنها غاصبة، انتهى.

واقتضى إيراد الشيخ ترجيح ما رجحه، ثم قال في موضع: وإن لم يذكر بينة الداخل سبب الملك ولم يشترط ذكره، بل أطلقت الشهادة على المطلق له، وكانت بينة الخارج ذكرت سبب الملك له لا من جهة هذا الرجل، فقد وجد في

....

حق بينة الداخل ما يرجحها وهو اليد، ووجد فيها ما يضعفها وهو الإطلاق، ووجد في بينة الخارج ما يرجحها وهو بيان سبب الملك، وقاعدة المذهب تقتضي ترجيح بينة ذي اليد ولا يبعد ترجيح وجه فيه، فلو أقام المدَّعي بينة أنها ملكه وأقام الداخل بينة أنها ملكه ترجحت بينته باليد، فلو شهدت للخارج بينة أنه اشتراها من الداخل أو اتهبها وقبضها منه قدمت بينة الخارج بلا خلاف، ثم رأيته ذكر بعدها بأوراق ما لفظه: إذا أقام الخارج بينة أن العين ملكه اشتراها من فلان أو اتهبها وقبضها ويثبت سبب الملك، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه وأطلقت ولم يبين شيئًا، نصَّ الشافعي رضي الله عنه: إن بينة الداخل أولى؛ لأن معه بينة ويدًا، أو عند ابن سريج: بينة الخارج أولى؛ لأن معها زيادة علم، انتهى.

وهذا ما نقله ابن الرفعة، لكن في عبارته نقص عن هذه العبارة، ويفهم أنه لا فرق بين أن تقيم البينة بانتقالها إلى الخارج من ذي اليد أو من غيره، وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو ادَّعى أن هذه لي غصبها فلان مني وباعها منك وأقام بينة، فأقام ذو اليد بينة أنها ملكه؛ فبينة ذي اليد أولى.

قلت: المختار الأرجح خلافه، قال: وإنه لو ادَّعى قيم المجد بأنها وقف على المجد، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه، فبينة ذي اليد أولى.

فروع: إذا ادَّعى كل منهما بأنه اشتراه من صاحبه وأقام عليه بينة وخفي التاريخ فصاحب اليد أولى قاله الأئمة، قال البغوي في «التعليق» بعد هذا: وهكذا لو أقام الخارج بينة أني اشتريتها من أبيك، وأقام ذو اليد بينة أني ورثتها من أبي، فإنه يرجح بينة الخارج، وكذا لو كان الخارج امرأة أقامت بينة أن هذا ملكي أصدقتيه أباك، وأقام ذو اليد بينة بأني ورثتها من أبي، فإنه يقضي بها للمرأة، انتهى.

إذا أطلق الخارج دعوى الملك وأقام عليه بينة، وقال الداخل: ملكي اشتريته منك وأقام عليه بينة، فالداخل أولى بلا شك، ولا تزال يده قبل إقامة البينة، وقال القاضي الحسين: يزال ويؤمر بالتسليم إلى المدَّعي؛ لاعترافه بأنه كان له، ثم ثبت ما يدَّعيه من الشراء، والظاهر الأول؛ لأن البينة إذا كانت

وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ تُسْمَعْ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالًا، ....

حاضرة فالتأخير إلى إقامتها سهل فلا معنى للانتزاع والرد، نعم لو زعم أن له بينة غائبة أمر بالتسليم في الحال، ثم إن ثبت ما ادَّعاه استرد، ويجري الخلاف في دعوى الدين والإيراد إن كان له ثم بينة فلا يكلف توفيره عند الأكثرين خلافًا للقاضي الحسين ومن تبعه كما سبق، قال شريح الروياني: لو أقام الخارج بينة أن هذه الدار له استأجرها منه أو استعارها ذو اليد، وأقام ذو اليد بينة أنها له؛ فبينة الخارج أولى؛ لأنها أوضحت صفة يد الداخل.

قال ابن سريج: ولأنها شهدت له بالملك واليد؛ لأن يد المستأجر والمستعير يد المالك، كما لو أقام الخارج بينة أنه غصبها منه، والداخل بينة على الملك واليد رجحت بينة الخارج؛ لأنها أبطلت يد المدَّعي، وقال بعض أصحابنا: ترجح بينة ذي اليد؛ لأنها ثبتت الملك له، وذلك ينفي كونها في يده بإجارة أو عارية في هذه الحالة، وإن لم يذكروا وجه ذلك، انتهى.

والوجه عندي في هذا وأمثاله: أن يستفسر القاضي البينة، فإن أسندت شهادتهما إلى اليد والتصرف قدَّما بينة الخارج، وإن ذكرت ما يقتضي تقديم الداخل من الأسباب قدَّمت بينته، وإن لم يتبين شيئًا فهذا موضع نظر القاضي العالم واجتهاده، وسبق في الشهادات أو القضاء شيء يتعلق بهذا فراجعه.

قال: **(وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ تُسْمَعْ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالًا)** أي: من المقر له؛ لأن المقر مؤاخذ بإقراره في المستقبل بدليل أن من أقر أمس مثلًا يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن للإقرار كثير فائدة.

وإذا كان كذلك يستصحب القربة إلى أن يثبت الانتقال، وخالف القاضي الحسين جميع الأصحاب، كما قال ابن أبي الدم: فسمع دعواه مطلقًا من غير ذكر تلقٍّ من المقر له، والمذهب الأول ولا غيره ولا مبالاة بقول من يقول: أمكن انتقال الملك من المقر له إلى المقر بعد إقراره الأول، فينبغي أن تسمع دعواه بالملك مطلقًا، ويحمل إطلاقه على التلقي من المقر له بالملك وإن لزمه حكم إقراره، فإذا عاد بما يدَّعيه فعناه تقلبه إليّ، أو إلى من نقله إليّ، فهذا يمكن إقامة الحجة عليه، فإن نواقل اليد عنه هي بيع أو هبة أو عرض، وإذا

وَمَنْ أُخِذَ مِنْهُ مَالٌ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الِانْتِقَالِ فِي الْأَصَحِّ، ....

أمكن إقامة البينة على السبب الناقل مع سالفة الإقرار؛ وجب إظهاره بخلاف دعوى الملك لا مع سابقة إقرار، فإن أسباب الملك كثيرة؛ فجاز إطلاق الدعوى والشهادة بها، انتهى.

والقاضي الحسين يعترف بمخالفته الأصحاب.

قال: (**وَمَنْ أُخِذَ مِنْهُ مَالٌ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الِانْتِقَالِ فِي الْأَصَحِّ**) إذا انتزعت العين من صاحب يد بالبينة، ثم عاد فادَّعى ملكها هل تسمع دعواه من غير ذكر تلقي الملك من صاحب اليد أم يحتاج إليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه صار ملزمًا بتلك الحجة فيؤاخذ بموجبها كما لو أقر.

وأصحهما: لا إلحاقًا له بالأجانب قاله القاضي الحسين وغيره، وعزاه الإمام إلى الأكثرين، وحكى الرافعي: إن بعض أصحاب الإمام قال: إن الذي ذكره الأكثرون مقابله، وسبق كلام ابن الرفعة وغيره على هذه الصورة مع الرافعي ومشاحنة فيما أبداه مستوفى.

فروع: حكى القاضيان أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما أنه لو كان بيد عمرو شاة فادَّعاها زيد وأقام بينة أنها ملكه، وأقام عمرو بينة أن حاكمًا حكم له بها وسلَّمها إليه، قال ابن سريج: إذا كان الحاكم حكم له ببينة أقامها قضي لزيد بها؛ لأنه ظهر أن له بينة زيد ولعمرو بينة بلا يد، وإن كان قضى بها لعمرو لعدالة بينة دون بينة زيد أقرب بيد عمرو؛ لأن البينة الفاسقة إذا ردت ثم أعادت الشهادة لا تقبل، وإن كان قضى بها لعمرو مذهبه القضاء للخارج أقرها بيده أيضًا.

وفي «الحاوي» وجه: إنه ينقض حكمه وزيفناه قريبًا، وإن لم يعلم الحاكم الثاني على أي وجهٍ وقع حكم الأول وأشكل الحال فوجهان:

أصحهما: لا ينقض أيضًا قاله البندنيجي، واقتضى إيراد «الحاوي» ترجيحه كما مرَّ وادَّعيا شيئًا، وادَّعى كل منهما أنه في يده لم تسمع دعواهما ولا خصومة بينهما إلا أن يقول كل واحدٍ منهما: إن الشيء في يدي وأن فلانًا هذا بايعني، فلو أقام كل واحد بينة تعارضتا، ويبعث الحاكم من يبحث عن

....

الحال الصحيح عنده، وليتبين أن الشيء المتنازع فيه في أيديهما، فإن اشتبه الأمر فالبينتان متعارضتان، ذكر في «روضة الحكام»: سبق أنه لو حكم له حاكم بملك عين، فادَّعى خارج انتقال الملك إليه منه، وشهدت بينة بانتقاله إليه بسبب صحيح ولم يتبينوه، قال الهروي: أفتى فقهاء همدان بسماع هذه الدعوى وبالحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب.

ورأيت «فتوى» الماوردي والقاضي أبي الطيب بخطهما كذلك، قال: وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا، وهو طريقة القفال وغيره؛ لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء، فصارت كالشهادة على أن فلانًا وارث فلان لم يقبل ما لم يبينوا جهة الإرث.

قلت: ويظهر أن يفرق بين الفقيه الموافق للقاضي في أسباب الانتقال وبين غيره مطلقًا، والمختار فيه ما ذكره أبو سعد، والله أعلم.

ذكر شريح عن ابن سريج: إنه لو أقام بينة أن هذا المال له حكم، لزمه فلان الحاكم وأقام آخر بينة أنه له، فهل مرجح بحكم الحاكم؟ وجهان.

قال: وكذا لو أقام ذو اليد بينة أنه له، فهل يكون الترجيح باليد أو بالحكم؟ وجهان، قال: وذكر العبادي: إنه إذا شهد اثنان أن القاضي قضى بالمال لفلان، وآخر أن له الآن لفلان، فهذه أولى؛ لأن حرف الآن آخر حد الزمان الأول، وأول حد الزمان الثاني ففيه تجديد الملك.

قلت: والاحتياط الاستفسار، ولا سيما للعامي ونحوه، قال: ولو أقام بينة أن فلانًا الحاكم قضى له بها، ولم يزيدوا على ذلك سلمت للمدعي؛ لأن الملك يثبت بالحكم، فيستصحب ذلك الحكم إلى أن يعلم زواله، وقال بعض أصحابنا: لا تسلم إليه إلا أن يشهد له بالملك في الحال؛ لأن قصارى قضية تلك البينة تقدم الملك ولا يثبت بها الملك في الحال.

وقال بعضهم: إن قلنا بترجيح الملك الأقدم فهاهنا بينة الحكم أولى، وإن سوَّينا لم تقدم بينة الحكم في هذه الحالة.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرَجِّحُ، ....

وقال بعضهم: إن كانت الدعوى مع المحكوم عليه كان ذلك حجة عليه، وإن كانت الدعوى مع غيره لم يصر ذلك حجة عليه، وذكر أنه لو أقام كل واحد من المتخاصمين بينة أن فلانًا الحاكم حكم له فقد قيل: الآخر الأوْلى؛ لأن الأول استصحب حكمه إلى وقت الحكم الثاني، ثم يثبت زوال الملك بموجب الحكم الثاني، وقيل: يتعارض الحكمان ويبطلان كتهاتر البينتين، فإن استعملناهما فكذلك هاهنا على حسب استعمال البينتين، فإن كان الحكمان من حاكم واحد في وقت واحدٍ فقيل: لا يقبل منه الحكم الثاني، كشاهد رجع بعدما شهد، وقبل حكمه حكم ما لو كانا من حاكمين.

وذكر شريح أيضًا في بابٍ: إخوانه لو أقام أحدهما بينة أن التي بملكه فادَّعى خصمه أنه في يده، وأقام بينة فبينة الملك أولى، فإن أقام أحدهما بينة أنه ملكه، والثاني بينة أنه في يده يتصرف فيه تصرف الملاك، فالثاني أولى به، قال العبادي: لأنها شهدت بملكه ويده، قال الهروي إثر هذا: وقد قدمت أن الشهادة على هذا الوجه لا ينبغي أن يعتد عليها في إثبات الملك؛ لأن شهادة الشاهد إنما تصح إذا قطع بإثبات المشهود به، وكأنه صادرٌ عن علمه، فإذا تعرض الشاهد لبيان سبب العلم ولم ينقطع بإثبات المشهود به فكأنه خامر قلبه ريب، فكذلك لم يقطع به.

قلت: وما قاله ظاهر الحسن، قال الهروي: وإن أقام رجل بينة على مجهول الحال أنه عبده، وأقام هو بينة أنه حر، قال أصحابنا: بينة الحرية أولى، وقال الشيخ أبو حامد: بينة الرق أولى؛ لأنها ناقلة من الأصل، فقد أفادت زيادة علم النهي، والاحتياطي الاستفصال والعمل بمقتضاه، وسيأتي هذا بزيادة إيضاح إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرَجِّحُ)** أشار إلى طريقين أشهرهما كما ذكره الرافعي وغيره: إن المسألة على قولين: الجديد: إنه لا ترجيح لكمال البينة من الطريقين، **والقديم**: إنه يرجح جانب من زاد عدد شهوده؛ لأن القلب إلى قولهم أميل.

....

والثانية: القطع بالجديد، وحمَّل الثاني على حكاية مذهب الغير، وصرَّح في «أصل الروضة» بترجيحهما، كما أشار إليه هنا، فقال: المذهب: إنه لا يترجح، وقيل: قولان، انتهى.

وفي «الحاوي» أن بعضهم خرج ما حكاه في القديم قولًا له ثانيًا، ونفاه أكثرهم عنه، وهذا شاهد لترجيح طريقة القطع، وكان حق الشيخ أن بينة عليه، ولا ندرجه في أصل كلام الرافعي ـ رحمهما الله ـ قال الرافعي: ولو اختصت إحداهما بزيادة ورع أو ثقة جرى الطريقان، وفي الرواية: ثبت الرجحان بهذه الأمور، وفرَّقوا بأن الشهادة نصابٌ مقدرٌ فيتبع، وليس رواية ضبط، فيعمل بأغلب الظنين، ومنهم من ألحق الزوائد بالشهادة، والظاهر الأول، انتهى.

وبنى إبراهيم المروزي المسألة على أن الصحابة إذا افترقوا في مسألة، وأحد الفريقين أكثر تُرجَّح بكثرة العدد، القديم: ترجح، والجديد: لا.

وقال شريح الروياني: لا ترجح في الشهادة بكثرة العدد، ولا بالأرجح في العدالة والضبط، وعن الإصطخري: الترجيح بجميع ذلك.

وقال الشافعي في «القديم»: سمعت لبعض أصحابنا يقول: إذا استوت البينتان رجحنا بالعدالة وكثرة العدد.

قال أبو عبد الله: هذا مذهب، وأمَّا أنا فأرى أنهما سواء، وهذا تصريح منه بأنه رضي الله عنه لم يقل به في القديم، قال شريح: ولا ترجح بالسنن والعلم والشرف قولًا واحدًا، وفي عدم الترجيح بالعلم نظر ظاهر.

ورأيت في «البيان»: نقل أصحابنا العراقيون أنه لا يرجح بكثرة العدد.

وحكى المسعودي أن الشافعي ـ رحمه الله ـ قال في «القديم»: ترجح البينة بكثرة العدد، وحكى أنه مذهب مالك وأكثر أهل العلم، وهو الأصح، انتهى.

وقد علم أنه يعبر بالمسعودي عن الفوراني، ولم أر في «إبانته» و«عمده» إلا ذكره عن القديم فقط، فالعمراني منفرد بهذا الترجيح، إن لم يكن في النسخة خلل.

وَكَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ رُجِّحَ الشَّاهِدَانِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَكَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**) أي: والمذهب القطع بعدم الترجيح هنا أيضًا، وهذا ما جعله الرافعي المشهور لقيام الحجة فنكل واحد منهما بالاتفاق، قال عن الماسرجسي رواية قول وهو: ترجيح الرجلين لزيادة الوثوق بقولهما، وكذلك يثبت بقولهما ما لا يثبت بقول رجل وامرأتين.

قال: (**فَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ رُجِّحَ الشَّاهِدَانِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنهما حجة بالإجماع والشاهد واليمين مختلف فيه، وأيضًا فالحالف مع شاهده يصدق نفسه ويقيم الشاهدين صدق غيره، فهو أقوى جانبًا وأبعد عن التهمة، وهذا ما رجَّحه الماوردي، والإمام، والغزالي، والفارقي، وابن أبي عصرون، والرافعي في «شرحه الصغير» وذُكر في «البسيط» أنه الجديد.

والثاني: إنهما سواء، كما لو كان لواحدٍ شاهد وللآخر شاهد وامرأتان، فلا ترجيح على المذهب.

قال الفوراني في «العمد»: وقد نصَّ على القولين في هذه الصورة في الجديد، قال: والأصح وهو اختيار المزني أنهما سواء، وادَّعى الإمام فيه اتفاق الأصحاب، وأجرى الدارمي وغيره القولين فيما لو كان لأحدهما رجل وامرأتان، وللآخر شاهد ويمين، وسكت كثيرون عن الترجيح.

فَرْعٌ: إذا قلنا بالأظهر وكانت اليد مع صاحب الشاهد واليمين، فهل يتعادلان أم يرجح ذو اليد لاعتقاده باليد المحبوسة؟ وجهان: أشهرهما: في «الشرحين» وأصحهما في «الروضة»: الثاني.

وحكى البغوي الخلاف قولين: أحدهما: يرجح ذو اليد، وثانيهما: الآخر؛ لقوة حجته، قال: ويمكن بناء القولين على أن صاحب اليد هل يحلف مع البينة أم لا؟ إن قلنا يحلف، فبينته كشاهد الحر، فيرجح جانبه باليد، وإن قلنا: لا يحلف فيترجح جانب الآخر؛ لأن صاحب اليد على هذا إنما يرجح

....

إذا انضمت اليمين إلى البينة الكاملة، كذا حكاه الرافعي عنه وأقره.

وقضيته ما ذكره ترجيح جانب الآخر لما سبق أن الأصح أنه لا يحلف، لكن الذي رأيته في نسخ بـ«التهذيب» قال الشيخ: ويمكن بناء القولين على أن صاحب اليد هل يحلف مع بينته أم لا؟ إن قلنا يحلف فهاهنا يقضي للخارجي؛ لأن اليمين ثابتة مع البينة الكاملة، فلا نفع في معارضة بينة المدعي، وإن قلنا لا يحلف فاليمين كشاهد آخر يقيمه فيترجح به، انتهى.

وكذا رأيته في «تعليقه» على «المختصر» بزيادة، وهذا أصح، هذا هو الصواب في الحكاية، والمعنى وقضيته ترجيح ما رجحاه.

وقال ابن الرفعة: إذا قلنا بالقديم، وكان من جانب صاحب اليد شاهد ويمين، ومن جانب الخارج شاهدان، ففي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجهين: **أحدهما**: ترجح بينة ذي اليد. **والثاني**: ترجح بينة الخارجي، انتهى.

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: إنه لو أقام أحدهما شاهدين أو رجلًا وامرأتين والآخر شاهدًا واحدًا، وحلف معه ففيه قولان، ثم قال: وإن أقام أحدهما شاهدين، والآخر عشرة ففي القديم: ترجح بكثرة العدد، وفي الجديد: لا ترجح، هذا كله في الخارجين، فأمَّا الخارجي مع اليد إن كان الترجيح في جانب ذي اليد فبينته ترجحه؛ لأنه اجتمع في جانبه جهتا ترجيح هذا مع اليد، وإن كان الترجيح من جانب الخارجي، إن قلنا في الخارجين لا يرجح فهاهنا أولى، وإن قلنا ترجح يحتمل وجهين:

أحدهما: هما سواء.

والثاني: لا؛ لأن اليد أقوى فإنها مشاهدة، انتهى.

فائدة: قال الإمام: لو كان من جانب عشرة من أوساط العدول، ومن جانب عدلان وهما على المنصب الأعلى في الثقة والتثبت، فيجب على القاضي أن ينظر بينهما نظر العبدين في حرين يرويان خيرًا، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: ومما يدور في خلدي أنه لو كانت نية أحدهما يعرفها

وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةٍ، وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرَ، فَالْأَظْهَرُ تَرْجِيحُ الْأَكْثَرِ، وَلِصَاحِبِهَا الْأُجْرَةُ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمِئِذٍ.

القاضي بالعدالة، أو زكيت عنده تزكية مطلقة زكيت الأخرى زكاة مقيدة فيما شهدت به، وقلنا بقبوله، هل يكون من باب زيادة العدالة أو من قبيل الشاهدين في مقابلتهما بشاهد ويمين من حيث إن الشاهدين إنما ترجحا على الأصح؟ لأنها بينة مجمع عليها، بخلاف الشاهد واليمين، وكذا مسألتنا مختلف فيها عندنا، فهي أقرب إلى التضعيف من خلاف أبي حنيفة في الشاهد واليمين، فينبغي أن يكون فيها خلاف، والأصح ترجيح المزكاة مطلقًا ويتجه خلافه، انتهى.

قال: **(وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةٍ، وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرَ)** أي: ولأنه لو أخذ منهما.

(فَالْأَظْهَرُ تَرْجِيحُ الْأَكْثَرِ، وَلِصَاحِبِهَا الْأُجْرَةُ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمِئِذٍ) إذا تنازعا شيئًا في يد ثالث، وأوجبت كل بينة الملك بتاريخ، فإن توافق التاريخان فلا ترجيح، وإن اختلفا بأن قامت بينة زيد على أنه ملكه منذ سنة وبينة عمرو أنه ملكه منذ سنتين فطريقان:

أحدهما: القطع بالتعارض، قاله ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل.

وأشهرهما: إن في ترجيح أسبقهما تاريخًا قولين: أحدهما: وهو ما حكاه «البويطي» والمزني، وقال القاضي الحسين والشيخ أبو علي والبغوي وإبراهيم المروزي في «تعليقهما»: إنه الجديد، وصححه القاضي ابن كج والشيخ أبو علي وطائفة: إنهما سواء؛ إذ المقصود إثبات الملك في الحال، فلا يتأثر السبق فإنه غير منازع فيه.

وأصحهما: ترجيح أسبقهما تاريخًا؛ لأنها انفردت بإثبات الملك في زمن لا تعارضهما فيه الأخرى، فوجب وقف المعارض وإمضاء ما ليس فيه تعارض، والأصل في الثابت دوامه، ولا ثبوت ملك المتقدم يمنع أن يملكه المتأخر إلا عنه، ولم يتضمنه الشهادة، فلم يحكم بها، وهذا ما رواه الربيع، واختاره المزني والأكثرون، ومنهم الشيخ أبو حامد وأتباعه والماوردي

....

والبغوي والعمراني وغيرهم.

وقال في «الشامل»: إنه ظاهر المذهب، ونقل القاضي الحسين والشيخ أبو علي ومن تبعهما: إنه القديم، قال ابن أبي الدم: وخالف الشيخ أبو علي الجماعة كلهم في شيئين: **أحدهما**: الترجيح. **والثاني**: إنه نقل ما رجحه عن الجديد، وإن المزني والربيع نقلاه، وإن الترجيح بالسبق، قاله في القديم و«البويطي» واختاره المزني، فعنده أن القديم الترجيح وهو مختار الجماعة كلهم أن «البويطي» نقل ذلك، والذي ذكره القاضي أبو الطيب وغيره أن «البويطي» نقل التعارض وعدم الترجيح، فحصل التناقض بين التعليق، انتهى.

إذا عرفت هذا وقضينا بأسبق البينتين تاريخًا فلصاحبها الأجرة، والزيادات الحاصلة من يومئذٍ وفاقًا؛ لأنها ثمرات ملكه، وإن لم يرجحها جاء الخلاف السابق في تعارض البينتين، فإن أسقطناهما أقررناه في يدي ذي اليد، وإن قلنا يوقف أو يقرع أو يقسم انتزع.

تنبيهات:

منها: وقع في كتاب اللقيط من«شرح الرافعي الكبير» أن القول بالتسوية أصح القولين، وتبعه في «الروضة» هناك فقال فيما إذا أقاما بينتين على الالتقاط: وإن قيدنا بتاريخين مختلفين حكم لمن سبق تاريخه، بخلاف المال حيث لا يحكم بسبق التاريخ في أصح القولين، وفرَّقوا بأن أمر الأموال مبني على الانتقال، فربما انتقل من الأول إلى الثاني، وليس كذلك الالتقاط، فإنه لا ينتقل ما دامت الأهلية باقية، وهو في ذلك متابع للبغوي فإنه قال هناك: هكذا ترجحا وفرقا، ثم رجَّح هنا تقديم الأسبق.

ومنها: عبارة «البيان»: فأقام أحدهما بينة أنه ملكه منذ سنتين لا يعلم أنه زال إلى الآن، فأقام الآخر بينة أنه ملكه منذ سنة لا يعلم أنه زال عنه إلى هذه الحالة ففيه قولان، ثم قال: فإن كانت بحالها وشهدت بينة الآخر أنه ملكه منذ شهر إلى هذه الحال، فقال أكثر أصحابنا: هي على قولين كالتي قبلها، ومن الخراسانيين

وَلَوْ أُطْلِقَتْ بَيِّنَةٌ وَأُرِّخَتْ أُخْرَى فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ، ....

من قال: هما قولًا واحدًا، انتهى كلامه وهذا عجب. وصوَّر ابن الرفعة المسألة بما إذا شهدت بينة أحدهما بالملك من سنة وبينة الآخر بالملك من شهر مع شهادتهما بالملك في الحال، والظاهر أنه مراد المصنف وإن سكت عنه.

ومنها: يجري القولان كما قال القاضيان أبو الطيب والبندنيجي ونسبوهما فيما إذا أقام أحدهما بينة أنه ملكه من سنة إلى الآن، وفي بينة الزوجين على الزوجية عند سبق التاريخ وفيما إذا تعارضتا مع اختلاف التاريخ بسبب الملك، كما لو أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة، والآخر أنه اشتراه من عمرو منذ شهر، ولو نسبا العقدين إلى بائع واحد فالسابق أولى لا محالة، ويجريان فيما إذا تنازعا أرضًا مزروعة، فأقام أحدهما بينة أنها أرضه وزرعها، والآخر أنها ملكه مطلقًا، لا أن البينة التي شهدت بالزرع تثبت الملك في وقت الزراعة.

قال الرافعي: هكذا ذكر في «التهذيب» تصويرًا وتوجيهًا، وفيه ما يبين أن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم، حتى لو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة، وأخرى أنه ملكه أكثر من سنة، كان موضع الخلاف.

قلت: والذي رأيته في «التهذيب» و«التعليق» أنا إذا قلنا ترجح بسبق التاريخ فأطلقت بينة وأرخت أخرى فوجهان، وكذلك لو تنازعا دابة أقام أحدهما بينة أنها تجب في ملكه، والآخر بينة أنها ملكه مطلقًا، فكما لو أطلقت بينة، وأرخت الأخرى، وكذلك لو تنازعا في أرض مزروعة إلى آخر ما نقله الرافعي عنه، وظاهر بنائه وعطفه يقتضي أن المذهب التعارض كما سيأتي، لا تقديم بينة الزارع كما أفهمه إيراد الرافعي و«الروضة».

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَتْ بَيِّنَةٌ وَأَرَّخَتْ أُخْرَى فَالمذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ**) من قطع في مختلفي التاريخ بألَّا ترجيح فهنا أولى ومن أثبت الخلاف تحيروا هنا، فمن طارد القولين أيضًا ومن قاطع بالتسوية، قال الرافعي: وكيف ما كان فالظاهر التسوية هاهنا، وعبارة «الروضة»: فالمذهب أنهما سواء فيتعارضان، وقيل: تقدم المؤرخة.

....

ورأيت في «فتاوى» القفال: لو تنازعا دارًا بيد ثالث فأقام أحدهما بينة أنه أقر له بها، وأقام الآخر بينة أنه لو أقرا بها أمس أو منذ سنة، قال القفال: قال أصحابنا: المؤرخة أولى، والظاهر تعارضهما كما لو أقام أحدهما بينة أنه أقر له بها يوم السبت، وأقام الآخر بينة لكنه أقر له بها يوم الجمعة، ولا يدري أن السبت كان قبل الجمعة أو العكس، فإنهما يتعارضان وعلى هذا لو أقام أحدهما البينة أنه اشتراها منه أمس، والآخر أنه اشتراها منه ولم يؤرخ، قال أصحابنا: المؤرخة أولى، وليس بصحيح، والصحيح تعارضهما كمسألة السبت والجمعة، انتهى.

فَرْعٌ: تنازعا دابة، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه، والآخر بينة أنها ملكه، وهو الذي ينتجها. قال الرافعي: قال الأكثرون: هو على القولين في سبق التاريخ، وأجروهما في كل بينتين أطلقت إحداهما الملك، وقضت على الملك وسببه من إرث وشراء وغيرهما.

وقال المزني وطائفة منهم أبو إسحاق: قال الماوردي وجمهور أصحابنا: إنه تقدم بينة النتاج قطعًا؛ لأنها تثبت ابتداء الملك له، والذي سبق تاريخها لا يثبت ابتداء الملك، وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقين فيما إذا تنازعا ثمرة أو حنطة، فشهدت بينة أنها حدثت عن شجرته أو بذره، ولا يقتضي جريان الثانية فيما إذا تعرضت إحداهما للمشتري وسائر الأسباب، فإنها توجب ابتداء الملك، قاله الرافعي.

وقال الماوردي: نسبت طريقة القطع إلى الجمهور، وهكذا لو تنازعا ثوبًا وأقام أحدهما بينة أنه نسجه في ملكه، وأقام الآخر بينة على أنه له، ولم يقولوا نسجه في ملكه كان كالبينة بالتاريخ، كما قدَّمناه، انتهى.

والظاهر أن من صور التعرض لابتداء الملك بأن أشهد بينة أنه ملكه أحياه أو أحنطه أو أحسبه به من الموات، أو اصطاده من البحر أو البر، وقد يتوقف في صورة الصيد لاحتمال الثلاثة من ملكه.

وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخِّرَةِ التَّارِيخِ يَدٌ قُدِّمَ، وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسِ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ أَوْ وَلَا نَعْلَمُ مُزِيلًا لَهُ.

قال: **(وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخِّرَةِ التَّارِيخِ يَدٌ قُدِّمَ)** المسألة من أصلها معروضة فيما إذا كانت العين في يد ثالثٍ كما صورناه به كلام الكتاب أولًا، فأمَّا إذا كانت في يد أحدهما، وقامت البينتان مختلفتَيْ التاريخ فإن كانت الأسبق تاريخًا بينة الداخل بيوم لا محالة، وإن كان الأمر بالعكس، فإن لم ير سبق التاريخ مرجحًا ورام الداخل أيضًا ليده، وإن جعلناه مرجحًا فهل يقدم الداخل أو الخارج أو يستويان؟ أوجه: أصحها أولها وهو المنصوص وقول الجمهور وعبارة المصنف تقتضي أنه المذهب، وقد حكى شريح الروياني ذلك طريقة.

قال: **(وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسِ)** أي: بكسر السين.

(وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ أَوْ وَلَا نَعْلَمُ مُزِيلًا لَهُ) إذا ادَّعى عينًا في يد غيره فشهدت له البينة بالملك بالأمس أو الشهر الماضي، ولم يتعرض للحال نقل الربيع والمزني أنها لا تسمع، وعن رواية «البويطي» عكسه، وفيهما طريقان: أشهرهما: فيه قولان: أحدهما: تسمع؛ لأنها تثبت الملك له سالفًا، والشيء إذا ثبت فالأصل فيه الدوام.

وأصحهما: وهو ظاهر المذهب: المنع؛ لأن دعوى الملك السابق لا تسمع فكذا البينة به؛ ولأن ثبوت الملك سابقًا إن اقتضى بقاؤه فيد المدعى عليه وتصرفه تدل على الانتقال إليه فلا يحصل ظن الملك والحال.

والثاني: القطع بأنها لا تسمع، وحمَّل هؤلاء المحكي عن «البويطي» على أنه ذكره من عند نفسه، كذا قال الرافعي، وقال الإمام: المنصوص عليه في الجديد.

وعبارة «البسيط»: الجديد المعروف أن هذه البينة مردودة؛ لأنها لم تتعرض لإثبات الملك في الحال، وقال في القديم: تسمع، وتقضي بالملك للمدعي إلا أن يثبت المدعى عليه أنها سنة، أو يقيم بينة مطلقة على الملك في الحال، انتهى.

....

قال الرافعي والإمام وغيرهما: ويجري القولان فيما إذا ادَّعى اليد وشهد الشهود أنه كان في يده أمس، قال ابن أبي الدم: بل أولى ألَّا يسمع، قال: وقوله في «الوسيط» بعد ذكره الشهادة بالملك لإنسان أمس: وإن الجديد أنها لا تسمع، ولا خلاف أن البينة لو شهدت أنه كان في يد المدعي أمس قبل، وجعل صاحب اليد من غلطات الكتاب والنقل الصحيح ما ذكرناه، وهو المذكور في الطريقين، أي أن الجديد الصحيح أنها لا تسمع، كما ذكره من قبل.

وقد تعرض الرافعي لهذا الإنكار على «الوجيز» أيضًا، وأصل هذا الالتباس قوله في «البسيط»: للشافعي قول في القديم نقله «البويطي» أنه يقبل، والجديد المعروف لا يقبل؛ إذ المطلوب الملك في الحال، ولا خلاف أن المدعي لو ادَّعى ملكًا بالأمس ولم يدع في الحال، لا يصغى إليه، ولتكن البينة على وفق الدعوى، وعلى الأول لو أقام البينة على أنه كان في يده بالأمس ثبتت له، ويجعل صاحب يد، ويدير الخصومة على ترتيبه، والقولان جديدًا وقديمًا يرتبا على قولنا: يرجح بالسبق، فأمَّا إذا لم يرجح به فوجوده كعدمه، انتهى لفظه.

فقوله: وعلى الأول؛ يعني: القديم، وأخلَّ بذلك في «الوسيط» و«الوجيز» نعم لو شهدت البينة أن هذه العين كانت في يده أمس، وغصبها ذو اليد منه، سمعت قطعًا وقضى بها للمدعي، فيجعل صاحب يد، وكذا لو شهدت البينة أنه أرسل هذا العبد في حاجة واعترضه هذا المدعى عليه في الطريق، فذهب به أو شهد أنه من هذا فأخذه هذا.

قال الرافعي: وللقولين تعليق بالقولين فيما أرِّخت البينتان الملك بتاريخين مختلفين، ثم منهم من يبني القولين هنا على القولين هناك، ومنهم من يعكس البناء، قال: وفيها من الوجهين فيما إذا قال: كان لفلان عليّ كذا أو كان هذا لفلان هل يكون إقرارًا؟ وإذا قلنا بالأظهر فينبغي أن يشهد الشاهد على الملك في الحال بأن يقول: كان ملكه ولم يزل، أو يقول: لا أعلم له مزيلًا كما قاله الرافعي وغيره، وسيأتي ما فيه، أو يقول: إنه كان ملكًا لأبيه إلى أن مات.

قال شريح الروياني: والأصل فيه: إن كل بينة شهدت بملك سابق أبطلت

وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ اسْتِصْحَابًا لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا.

اليد في الحال، وهكذا لو قال: إلى أن باع، أو قال: لا أعلم زواله؛ لأن الاتصال وجد، انتهى.

قال: (**وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ اسْتِصْحَابًا لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا**) أي: وإن كان يجوز زواله لكن ذكر ذلك للاستصحاب.

واعلم أنه إنما تجوز له الشهادة للوارث والمشتري والمتهب ونحوهم إذا كان ممن يجوز له أن يشهد للمنتقل منه إليه بالملك، ولا يكفي الاستناد إلى مجرد الشراء وغيره مع جهله تمليكه البائع والواهب والموصي والمورث ونحوهم قطعًا، وأكثر من يشهد يعتمد ذلك جهلًا، وسبق عن «فتاوى» القفال: إنه لو كانت بيده دار يتصرف فيها تصرف المالك مدة طويلة، ثم إنه قال: هذه الدار ملك رجل ولم يسمها، وقال: ليست لي، ثم في اليوم الثاني ادَّعى مدع ملكيتها، فأنكر ذو اليد، وقال: إنها ملك نفسه، إنه يجوز لنا أن نشهد أنها ملكه وإن كنا سمعناه يقول ذلك. . . إلى آخر ما قدَّمناه واستغربناه ومنعناه.

تنبيهات: لو صرَّح في شهادته بأنه يعتمد الاستصحاب فوجهان، حكى في «الوسيط» عن الأصحاب: إنه لا يقبل عن القاضي الحسين القول؛ لأنَّا نعلم ألَّا مستند له سواها، ولو قال: لا أدري أزال ملكه أم لا؟ لم يقبل؛ لأن هذه صيغة المرتابين وهي بعيدة عن أداء الشهادة، هكذا ذكر الرافعي، واقتضى كلامه السابق أنه إذا قال الشاهد: إنه كان ملكه أمس ولا أعلم له مزيلًا، إنه تقبل شهادته بلا خلاف.

وقال الإمام نقلًا عن الأصحاب: إنه لو ذكر السبب السابق، وذكر في مجلس القضاء من استمرار الأحوال ما يسوغ له الشهادة على تنجز الملك، ولكنه لم يشهد لا يثبت الملك في الحال، وشبهوه بما لو قال الشاهد على الرضاع: رأيت الرضيع التقم الثدي، وكان يحرك اللهاة، ويمتص إلى غير ذلك من المحائل، فلا يكون شاهدًا على الرضاع، ثم أوضح ذلك.

ثم قال: هذا ما ذكره شيخي وصاحب «التقريب» وغيرهما.

....

وقال القاضي: إذا شهد على السبب المتقدم، وقال: لم أعلم زوال ملكه بعد ذلك كان هذا بمثابة جزمه بالشهادة بالملك، وهذا كقول الشاهد: لا أعلم له مالًا، ولا أعلم للمتوفى وارثًا سوى هذا، انتهى.

ولهذا قال في «البسيط»: فإن قيل: لو صرَّح الشاهد بذكر السبب أنه يستصحب؛ لأنه لم يدر له مزيلًا، قال الأصحاب: لا تقبل.

وقال القاضي: تقبل، فلا فرق بين جزم الشهادة بالملك، وبين أن يقال: أشهد أنه كان ملكه بالأمس ولا أعلم له مزيلًا بعده، إذ يعلم أن ما ذكره مستند عمله.

قال: ثم قال القاضي مفرعًا عليه: إذا ذكر الملك السابق ولم يتعرض للحال والاستصحاب فيخرج على الجديد والقديم، فإن قال: لا أعلم مزيلًا قبلت شهادته، أي: عند القاضي الحسين، وإن قال: لا أدري جرى مزيلًا أو لم يجر، وذكر ذلك ذكر مرتاب انخرمت شهادته، وفسدت صيغه، وما ذكره دقيق، والأكثرون على اشتراط الجزم في الحال، انتهى.

وهو ملخص له من «النهاية» وحاصل كلامهما: إنه لو قال: كان ملكه بالأمس ولا أعلم له مزيلًا مقالة للإمام الأكثرون على خلافها.

ورأيت في «أدب القضاء» لابن أبي الدم: إذا قام الخارج بينة أنها ملكه بالأمس ولم يتعرض للملك في الحال لم يحكم بهذه الشهادة على الجديد الصحيح، وسبيله أن يشهد أنها كانت ملكه أمس ولم تزل إلى الآن وهي الآن ملكه، هكذا قاله الإمام والقاضي، وعندي فيه نظر؛ لأنه إذا شهد أنه كان ملكه أمس لم يقبل بمجرده على الصحيح، فإذا قال: ولم يزل إلى الآن كان نفيًا محضًا فلا تقبل، نعم قوله: وهي الآن مملوكة، كافٍ، وتكون مستندة في قوله: وهي الآن ملكه استصحابه الملك الذي شهد به أمس وله أن يستصحبه إذا لم يعلم هو له مزيلًا، لكن بشرط ألَّا يصرح بذكر الاستصحاب ولو صرَّح بذلك لعدم بالمزيل.

وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسِ بِالْمِلْكِ لَهُ اُسْتُدِيمَ.

قال الأصحاب: لا يقبل هذا المستند في شهادة الرضاع.

وقال القاضي الحسين: تقبل، أمَّا إذا قال: أشهد أنه كان ملكه بالأمس ولا أعلم له مزيلًا.

قال بعض الأصحاب: يكفي هذا، وأكثرهم قالوا: لا يكفي، بل لا بدّ من جزمه بالشهادة بالملك في الحال، انتهى.

وفيما ذكره نظر ظاهر لما سيأتي عن النص.

قال: **(وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسِ بِالْمِلكِ لَهُ اُسْتُدِيمَ)** أي: حكم الإقرار وإن لم يصرِّح الشاهد بالملك في الحال، قال الرافعي: ومما علق عن الإمام أن منهم من طرد القولين، والظاهر الأول، ولولاه لبطلت فائدة الأقارير.

قلت: والرافعي - رحمه الله - لم يقف على النهاية في هذه المواضع، قال الإمام: ومن أهم ما يجب الاعتناء به: إن البينة لو تحملت الشهادة على إقرار مؤرخ بتاريخ في ملك أو يدٍ ومن تنازع بين المقر والمقر له، فإذا شهدت البينة على إقرار السابق، فمعلوم أنها ليست متعرضة لاستحقاق المقر له في الحال، وقد ذكرنا قولين فيما إذا شهدت البينة على الملك في الزمان الماضي، وبيَّنا أن الأصح: إنها مردودة غير مقيدة، فإن الخصام تأخر وتاريخ الملك مقدم، وهذا بعينه يجري في تقدم الإقرار، فإن المقر بالملك قد يتلقى الملك بسبب من الأسباب.

وقد ذكر صاحب «التقريب» في الإقرار طريقين، وسبقا القليل بذكرهما فقال: من أصحابنا من جعل الإقرار المتقدم حجة بأنه على المقر في مستقبل الزمان، وهذا ما إليه يصير الأصحاب وأقضية القضاة ولولاه لما كانت في الشهادة قبل الأقارير.

فائدة: والحجة تسقط بمضي ساعة، ومن أصحابنا من قال: الإقرار السابق إذا ثبت فهو بمثابة شهادة الشهود على الملك فيما سبق من الزمان، وهذا وإن كان منقاسًا، والذي أعتقد فيه أنه خُرق لما اتفق عليه الأولون،

....

والقول به مسبوق بالإجماع، وإن اختار القاضي هذه الطريقة الأخيرة ولخَّصه في «البسيط» فقال: ذكر صاحب «التقريب» فيه طريقين:

الطريق الأول: إن بينة الإقرار كبينة الملك، فلا تقبل إذا لم يتعرض للحال ومال إليه القاضي وهو منقاس.

والطريق الثاني: وهو الصحيح الذي عليه عمل الأولين، والقياسون فيه مسبوقون بالإجماع، ولو لم تبطل حكم الأقارير ولم يزل الإقرار حجة على المقر وهو بعد حين، وهذا يوجب إن سقط.

فائدة: بمضي لحظة، ولعلَّ الفرق أن الملك لا يعرف حقيقة، وإنما يعرف ظنًا وتخمينًا، قال: يجر في الحال وإن أضيف إلى ما سبق لم يعد في الحال شيئًا، ولم يكن يقينًا حتى يقال: الأصل استصحابه وبقاؤه، والإقرار يعرف بيقين، والأصل في المنتفيات: الاستصحاب، وكذا نقول: لو أقام المدَّعي بينة أنه اشتراها أمس من صاحب اليد؛ لأن الشراء من الخصم والإقرار منه مما يعرف يقينًا، وليس كما لو شهد على الشراء أمس من غير صاحب اليد؛ لأن نفس الشراء من الغير في حقه لا يلزمه أمرًا، انتهى.

وهو ملخص كذلك من «النهاية».

وقال ابن أبي الدم بعد نقله عن القاضي أبي الطيب: إنه يحكم للخارج بإقرار ذي اليد له بالملك أمس، وحكى الإمام فيه خلافًا، ومال إلى القبول، قال القاضي أبو الطيب: فلو قامت بينة للخارج على إقرار الداخل بأنها كانت في يد الخارج أمس، أو ادَّعى عليه فأقر بأنها كانت في يده أمس.

قال أبو العباس: إن قبلنا الشهادة باليد أمس أولى أن تقبل وترجح به، وإن قلنا: لا تقبل البينة باليد أمس فهل يقبل الإقرار باليد أمس؟ فيه وجهان، والفرق أن البينة إذا شهدت باليد أمس فقد ثبتت اليد أمس فحسب، والدار الآن في يد الداخل، فقد حصلت لهما يدان أمس؛ لأن وجود يد الداخل الآن تدل على أنها كانت في يده أمس أيضًا، ثم قد انفرد الداخل بيد حاضرة

....

فقدمت الحاضرة، فأما إذا أقرَّ باليد للخارج أمس وأثبتها الخارج فالظاهر بقاء يد الخارج فقد ثبتت بينته.

وقال الشيخ أبو علي: إذا أقرَّ الداخل أنها كانت في يد الخارج أمس، فيه قولان مرتبان على ما إذا شهد باليد أمس وأولى بالترجيح ها هنا، وإن أقر أنها كانت ملكًا للخارج أمس فرجحت بينته قولًا واحدًا، بخلاف البينة بالملك أمس، انتهى.

قلت: قال الرافعي: ولو قال المدعى عليه: كان ملكك أمس، فوجهان، أي: رواهما الإمام والغزالي عن صاحب «التقريب»:

أحدهما: إنه لا يؤاخذ به ولا ينتزع المال من يده، كما لو قامت البينة أنه كان ملكه أمس، ويفارق الإقرار البينة، إن المقر لا يقر إلا عن تحقق والشاهد قد يتساهل ويبنى على التخمين، فإذا لم يضم الجزم في الحال ضعف، قال: ولم يثبت ابن الصباغ الوجهين فيما إذا قال: كان ملكك بالأمس، وحكى القطع بأنه يؤاخذ بإقراره، ورد الوجهين إلى ما إذا قال: كان في يدك أمس، وفرَّق بين الملك واليد، بأن اليد قد تكون مستحقة، وإذا كانت قائمة أخذنا بأن الظاهر منها الاستصحاب، فإذا زالت ضعفت دلالتها، انتهى.

ولو قال المدعى عليه: هو ملكي وكان ملكك بالأمس، فأصح الوجهين في «تعليق» القاضي الحسين: إنه تنزع من يده وتسلم إلى المدعي بإقراره.

والثاني: لا لثبوت يده عليه، وهي دالة على الملك، قال القاضي: وفيه ضعف، لا لو قال: فكانت العين ملكك بالأمس واليوم ملكي، فلا خلاف أنها تنزع من يده، فكذا إذا تأخر إقراره بالملك للمدعي، انتهى.

وما قاله ابن الصباغ هو ما حكاه الماوردي والبندنيجي وغيرهما عن ابن سريج، والحاصل فيما إذا قال: كان ملكك أمس طريقان:

أشهرهما: القطع بالانتزاع، وثانيهما: على وجهين عن «التقريب» ويجيء

وَلَوْ أَقَامَهَا بِالْمِلْكِ دَابَّةً أَوْ شَجَرَةً لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مَوْجُودَةً، وَلَا وَلَدًا مُنْفَصِلًا وَيَسْتَحِقُّ حَمْلًا فِي الْأَصَحِّ.

منهما ومن طريقة القاضي الحسين ثلاثة أوجه: ثالثها: الفرق بين أن يقدم ذكر الملك لنفسه أو للمدعي.

تَنْبِيهٌ: قال الرافعي: ذكرنا أن الشهود على الملك السابق لو قالوا: لا نعلم زوال ملكه قُبلت شهادتهم، ثم عن ابن المنذر أن الشافعي قال: يحلف المدعي مع البينة، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب فلا حاجة إلى اليمين.

قال القاضي أبو سعد الهروي: وهذا غريب، ووجهه أن البينة قامت على خلاف الظاهر، ولم يتعرض لإسقاط ما مع المدعى عليه من الظاهر فأضف إليها اليمين، انتهى.

قلت: وذكر شيخه أبو عاصم وشريح الروياني هذا النص، وسكت عليه، وحكيته غير مرة، والذي رأيته في «إشراق» ابن المنذر في باب استحلاف المدعي مع البينة: إطلاق القول عن الشافعي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ أنه لا يستحلف الرجل مع بينته، وتتبعت المسألة فيه في مظانها فلم أرها، وقدمت عن نص «الأم» شيئًا، وأن الماوردي أوله فحمله على خلاف ما هو الظاهر عن المحكي هنا فراجعه تستفد.

قال: (**وَلَوْ أَقَامَهَا بِالْمِلْكِ دَابَّةً أَوْ شَجَرَةً لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مَوْجُودَةً وَلَا وَلَدًا مُنْفَصِلًا**) لأن بينته لا توجب ثبوت الملك له، بل يظهره فيجب أن يكون الملك سابقًا على إقامتها، لكن لا يشترط السبق بزمن طويل، بل يكفي لصدق البينة بحظه لطيفة، فلا يقدر ما لا ضرورة إليه، ولا يستحق الثمر والنتاج الحاصلين قبل إقامة البينة بل يتبعان للمدعى عليه، هكذا أقر الرافعي هذا الأصل وسيأتي ما قيل فيه، وسيأتي في النتاج وجه غريب.

قال: (**وَيَسْتَحِقُّ حَمْلًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: تبعًا لـ «الأم» كما في العقود، والثاني: المنع؛ لأنه يجوز أن يكون الحمل لغير مالك الأم توصية، والمنقول الأول والثاني احتمال للإمام، كما سيأتي بيانه.

وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ، وَقِيلَ لَا إِلَّا إِذَا أُدُّعِيَ فِي مِلْكٍ سَابِقٍ عَلَى الشِّرَاءِ.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ**) أي: على المذهب.

(**وَقِيلَ: لَا إِلَّا إِذَا أُدُّعِيَ فِي مِلْكٍ سَابِقٍ عَلَى الشِّرَاءِ**) قال الإمام الرافعي إثر ما قرره من الأصل السابق: وقضية هذا الأصل أن يقال: من اشترى شيئًا فادَّعاه مدع وأخذه منه بحجة مطلقة لم يكن له الرجوع على بائعه بالثمن؛ لجواز أن يكون الملك منتقلًا من المشتري إلى المدَّعي، فتكون المبايعة صحيحة مصادفة محلها، لكن المثبت في المذهب ثبوت الرجوع إذا انتزع المال منه بالحجة المطلقة، بل لو باع المشتري أو وهب أو انتزع من المتهب أو من المشتري منه كان للمشتري الأول الرجوع أيضًا، وسببه مسيس الحاجة إليه في عهدة العقود، وأيضًا فالأصل: إن معاملة بين المشتري والمدَّعي ولا انتقال منه فيستدام الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء، وعن القاضي الحسين أبدى وجهًا: إنه لا رجوع إلا إذا كان المدَّعي ملكًا سابقًا وفاء بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه الأصحاب عليه، انتهى.

فائدة: إشكال ما ذكره الأئمة ظاهر، وقد ضمنه الغزالي وعجب أن يترك في يده نتاج حصل قبل البينة وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع لا جرم، قال إمامه: ما ذكره القاضي لا مدفع له من طريق القياس، لكنه قال: أجمع الأصحاب من عند آخرهم على خلاف ما ذكرته، انتهى.

تنبيهات تتعلق بالمسألة من أولها:

قال الرافعي: بعدما قدَّمه من أن الثمرة والنتاج يبقيان للمدَّعي عكسه، وذكر القاضي أبو سعد الهروي: إن الفقيه أبا نصر البلخيّ من أصحاب الرأي، حكى عن أصحابنا: إن قيام البينة تقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدَّعي، انتهى.

وأثبت الرافعي هذا، وقال ابن الرفعة: إن عليه ينطبق ما حكاه المحاملي في

....

«المجموع» والبندنيجي عن ابن سريج، قال: إذا كان في يد الرجل جارية فادَّعاها مدع وأقام بينة أنها ملكه حكم له بها، وهل يحكم له بالولد؟ وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن البينة لا تنقل الملك في الحال، وإنما يتبين بها حصول الملك فيما قبل، فيحكم بأن الولد حصل في ملك من قامت له البينة، وأصحهما: لا.

ومنها: سبق قول الشيخين أنها تستحق الحمل الموجود عند الشهادة له بالأم على أصح الوجهين، وهو المنقول عن الأصحاب من غير خلاف حتى لو انفصل الحمل بعد الشهادة، وقبل التزكية كان للمدَّعي وقاسوه على شراء الحامل.

قال الإمام: وقد ينطرد إليه احتمال على بعد، فإن الملك يعرض منتقصًا في البهيمية وحملها بالوصية.

قال ابن الرفعة: وفي الهبة والبيع القهري والرد بالعيب على أحد القولين كما تقدم، وأن الجديد في الهبة: إنه لا يبيع وإذا كان كذلك فلا يبعد أن يدَّعي البهيمة ويستثنى حملها في دعواه، وأمَّا استبياع البهيمية الحمل في البيع فذاك لأمر متعلق بمقتضى العقد؛ لأنه لا يصح بيع البهيمة دون ولدها على المذهب، والظاهر الاستثناء في الدعوى، والإقرار جائز.

وقد حكى الرافعي هذا الاحتمال وجهًا: إنه لا يحكم له بالحمل، وقال الغزالي في «البسيط»: وفي الحمل احتمال إذ انفصال الملك بالوصية فيه ممكن.

ومنها: استشكل ابن عبد السلام قول الأصحاب أنَّا لا نقضي للمدَّعي بالملك إلا قبيل أداء الشهادة بقليل، فقال: من شرط سماع البينة في حق الآدمي تقدم دعوى صحيحة عليها، وموافقة الشهادة لها.

وقضية ذلك أن يحكم بالملك قبل الدعوى؛ لأن من شرط صحة الدعوى تقدم الملك عليها، فإنها لا تستثني الملك عليها وإلا لكان الحكم المرتب على دعوى لم يحكم بصحتها، وإن وافقتها البينة، فإن المدَّعي عند الزوال من يوم

....

الجمعة تتضمن دعواه وجود الملك في تلك الحالة وقبيلها، فإذا أقام البينة عند الزوال من يوم السبت ولم يحكم بالملك إلا قبيل الشهادة كانت شهادة بما لم تتضمنه الدعوى، فينبغي ألَّا تسمع كما قاله الأصحاب في الشهادة بالملك المتقدم.

قال ابن الرفعة: وقد يجاب بأن ما ذكروه ملكوا فيه طريق التحقيق؛ لأنه لا يتحقق تضمن شهادتهم نقل الملك في أكثر من الزمن المذكور، واحتمال تقدم الملك على الدعوى لا ينكر، وذكره في «الكافي» في سماع الشهادة؛ لأن المعتبر في صحة الدعوى التي يترتب عليها سماع الشهادة انتظامها وإمكانها ظاهر إلا موافقتها في نفس الأمر، وأيضًا فالشهادة مخالفة لا تقام إلا بطلب المدَّعي فيقدر عنه طلبه أداء الشهادة، فإنه مدع للملك ذلك الوقت أيضًا، فلم تقع الشهادة مخالفة للدعوى، نعم قد يعكر على هذا ما إذا أقام شاهدًا واحدًا، ثم أقام آخر بعد مدة، فإن الحكم يقع عند إقامة الثاني الشهادة، وقضية ما قاله الأصحاب أن يكون ما شهد به الأول غير ما شهد به الثاني وأن لا تلفيق.

وقد صرَّح في الزوائد في «الشهادات»: بأنه لو حدثت الثمرة بين الشهادتين كانت للمدَّعى عليه، لكن قدَّمنا عن القاضي في باب صفة القضاء ما يدفعه فاطلبه منه، انتهى.

وكأنه أراد قوله، ثم عن القاضي الحسين: إنه إذا طلب المدَّعي من الحاكم الحجر على المدَّعى عليه في العين إلى أن يزكي بينته أنه يجاب، وإن لم يسأله فوجهان.

ثم حكي عنه أنه قال: إذا أقام شاهدًا واحدًا في المال.

فإن قلنا: يحجر عليه وجبت عليه أجرة من وقت إقامة الشاهد الأول، ويقع الملك له عقب إقامة الشاهد الأول، وإن قلنا: لا يحجر عليه فما حصل من الثمار والزيادة بعد إقامة الشاهد الأول، وقبل إقامة الشاهد الثاني يكون ملكًا للمدَّعى عليه، وفيه قول آخر: إن الثمرة والنتاج الذي حصل بعد إقامة

....

الشاهد الأول وقبل الثاني يكون ملكًا للمدَّعي، انتهى.

ومنها: يشبه أن يحمل إطلاقهم القول بأنه لا يقضى للمدَّعي بالملك إلا قبيل الأداء لخصه حيث لا تدل القرائن الواضحة من حال المدَّعي والشهود وأدائهم على تقدم الملك له، وإن لم يصرِّح بذلك في دعواه لعبارته ولا الشهود.

ومن الأمثلة: قدَّم ركب من اليمن إلى الشام مثلًا فادَّعى أحدهم دارًا بصنعاء في بلد آخر منهم، فشهد له جماعة من الرفقة بملكيتها وذكروا أنهم جيرانه، ونحو ذلك مما يدل على الشهادة له بالملك المتقدم على الدعوى بزمنٍ طويل.

وكذا لو ادَّعى عيبًا على حاضر بالمجلس فأنكر، فذكر المدَّعي أن له بينة عليه يعلم أنها ملكه، فاتفق أن قدَّم الشهود تلك الساعة من الغيبة المعلومة منهم كحج أو غزو أو تجارة في بلد شاسع مسلمين على القاضي قبيل أن يفارق الخصمان مجلسه، فقال المدَّعي: هذه بينتي الغائبة قد حضرت وهي تعلم أنها ملكي، فشهدوا له بالملك مطلقًا.

وكذا لو كان الأداء من فروع لأصول غائبين في شاسع أو قد كانوا من أعوام، فادَّعى الفروع الشهادة على شهادتهم المطلقة.

ويبعد أن يقال في هذه الأمثلة ونحوها: ألَّا يحكم له بالملك إلا قبيل الأداء عند الحاكم لا يقال: هو مقصر حيث لم يدع ملكًا سابقًا ويقيم به البينة؛ لأن أكثر الناس تجهل ذلك، فقد تكون الدعوى لصبي ونحوه.

ومنها: لو أقام شاهدًا واحدًا بملك بهيمة حامل أو شجرة قبيل اطلاعها ثم لم يحلف معه إلى الإمام وضعت البهيمة وأطلعت الشجرة ونحو ذلك، وقد يتأخر التحليف لأسباب كثيرة لا تخفى ثم يحلف ويقضى له بالعين، فهل يقول يقضى له بالملك من حين أداء الشاهد حتى تكون الفوائد الحادثة بعد شهادته للمدعي أو من حين حلفه ويكون ما حدث مثله المدعى عليه؟ لم أرَ فيه شيئًا، ويشبه أن يلتفت على أن القضاء لم يقع، إن قلنا بالشاهد كان ما حدث بعد

وَلَوْ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبَبِهِ لَمْ يَضُرَّ، وَإِنْ ذَكَرَ سَبَبًا، وَهُمْ سَبَبًا آخَرَ ضَرَّ.

شهادته للمدعي، أو باليمين كان للمدعى عليه لتأخرها، أو بهما كان كما سبق في الشاهدين يشهد هذا اليوم والآخر بعد مدة.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبَبِهِ لَمْ يَضُرَّ**) أي: بخلاف ما لو ادَّعى ألفًا فشهدوا له بألفين حيث ترد شهادتهم في الزيادة، وفي الألف المدعي خلاف سبق والفرق أن سبب تابع للملك وليس مقصودًا في نفسه بخلاف الألف مع الألف، فلو أراد المدعي أن يقيم بينته بذكر السبب يقتضي الترجيح لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولًا لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد بل يدعي الملك وسببه وهم يعيدون الشهادة، فحينئذٍ ترجح بينته، وفيه وجه أنه لا حاجة إلى ادعاء البينة ويكفي أن تكون الشهادة على ما هو المقصود واقعه بعد الدعوى والاستشهاد، ولو ادَّعى الملك وذكر سببه وشهد الشهود بالملك ولم يذكروا السبب قبلوا؛ لأنهم شهدوا بالمقصود، ولا تناقض، هكذا أورد الرافعي المسألة.

وقضية كلامه أن ذكرهم السبب، فإذا لم يتعرض المدعي له لا يقيده شيء بالنسبة إلى الفوائد الحادثة قبل الشهادة من حين السبب المذكور إلا أن يعيد الدعوى ويذكر السبب ثم يشهدون له بذلك على الصحيح، والمفهوم من كلامه الثاني أنه لو ذكر السبب في دعواه فشهدت البينة له بالملك ولم يتعرض للسبب أنه لا يستفيد بشهادتهم هذه إلا الملك في الحال لا من حين السبب الذي أسند الملك إليه وفيه وقفة، ويجوز أن يحمل إطلاقهم على الشهادة له بالملك على وفق دعواه؛ إذ الظاهر والظن بالعدل أنه لو كان يعلم خلاف ذلك لصرح به، أو قال: لا أعلم ما ذكره من السبب غير أني أشهد أنه ملكه ونحو ذلك، ويجوز أن يفرق بين شاهد وشاهد علمًا وعبادة وأن يقال يستفصل القاضي الشهود وهذا متعين إذا كان المشهود له ممن لا يعبر عن نفسه والمدعى فيه أو الوصية، والله أعلم.

قال: (**وَإِنْ ذَكَرَ سَبَبًا، وَهُمْ سَبَبًا آخَرَ ضَرَّ**) أي: على الصحيح فتبطل

قَالَ آجَرْتُك هَذَا الْبَيْتَ بِعَشْرَةٍ، فَقَالَ بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشَرَةِ وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا، وَفِي قَوْلٍ تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ.

شهادتهم لما بينها وبين الدعوى من التناقض، وقيل: تقبل شهادتهم على أصل الملك ويلغوا ذكر السبب، وقد يقوى هذا الوجه على ضعفه فيما لو كانت من وصي أو قيم لمحجور عليه بخلاف المدعي لنفسه.

قال: (قال: **آجَرْتُك هَذَا الْبَيْتَ بِعَشْرَةٍ، فَقَال: بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشَرَةِ وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ تعَارَضَتَا، وَفِي قَوْلٍ**) أي: مخرج.

(**تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمستَأْجِرِ**) لا خفاء أنه إذا لم تكن بينة أصلًا أنهما يتحالفان ثم يفسخ العقد أو ينفسخ على قياس ما مرَّ في باب التحالف وعلى المكتري أجرة مثل ما سكنه أو الدار، وإن أقام أحدهما البينة بما قال قضي له، وإن أقام كل واحد بينة فقولان ويقال وجهان:

أصحهما: وهو المنصوص أن البينتين متعارضتان؛ لظهور تكاريهما، وإن قلنا بالتهاتر سقطتا، قال الشيخ أبو محمد: ويحلف المكري ما أكريت إلا هذا البيت الواحد، وقال الدارمي: وأحلفناهما وفسخنا ثم تكون أوجه:

أحدها: تنفسخ بالتحالف.

والثاني: تبطل في الظاهر دون الباطن.

والثالث: يقال للمؤجر بعد التحالف أترضى بما قال المستأجر؟ فإن رضي ثبتا عليه، وإن لم يرض قيل للمستأجر أترضى بما قال؟ فإن رضي فعليه، وإن لم يرض انفسخ، انتهى لفظه.

والقول الثاني في الكتاب خرجه ابن سريج وأن بينة المكري أولى؛ لاشتمالها على زيادة وهي أكثر جميع الدار فصار كما لو شهدت بينة بألف وبينة بألفين ثبت الألفان، ورد بأن الزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم ووضوح حال في أحد جانبي ما فيه الشافي كإسناد إلى سبب وثيق، وانتقال عن استصحاب أصل، وهذه الزيادة ليست كذلك وإنما هي زيادة في المشهور به ويفارق ما ذكره أن التي شهدت بالألف لا تنفي الألفين هاهنا العقد واحد،

....

وكل كيفية تنافي الكيفية الأخرى ويثبت التعارض.

فإن قلنا بالتعارض سقطتا وتحالفا كما مرَّ، فإن قلنا بالاستعمال قول القرعة، وفي التحليف معه ما مرَّ، وقيل: لا يجيء.

وأمَّا قولا القسمة والوقف فالمشهور أنهما بحثان، وبحث الرافعي فيه وأطال وإن اختلفا والزيادة في جانب المكري بأن قال: أكريتك كذا بعشرة، فقال المكتري: بعشرة، فقول التعارض بحاله، وعلى قول ابن سريج بينة المكري راجحة للزيادة، ويطرد ما ذكر فيما إذا اختلف المتبايعان، وأقام كل واحد منهما بينة وفي إحداهما زيادة ولو وجدت الزيادة في كل من الجانبين بأن قال المكري: أكريت هذا البيت بعشرين، وقال المكرى: بل بجميع الدار بعشرة فلابن سريج رأيان:

أصحهما: التعارض لتقابل الزيادتين.

وأضعفهما: يوجد بالزيادة من الجانبين، فيجعل جميع الدار مكتراة بعشرين، وهذا خلاف قول المتداعيين والمشهور جميعًا.

قلت: كذا ذكره الرافعي.

وعبارة الشيخ أبي محمد في «السلسلة» بعد التصوير فعلى القول باستعمال البينتين في هذه المسألة عند ابن سريج وجهان:

أحدهما: إنهما متهاترتان.

والثاني: إنهما مستعملتان وطريقة الاستعمال القرعة، انتهى.

وحينئذٍ لا يكون خلاف قول المتداعيين والبينتين جميعًا، ثم قال العراقيون والروياني وغيرهم: هذا كله إذا أطلقت البينتان أو أوجبنا بتاريخ واحد، أو أطلقت واحدة وأرخت الأخرى، فإن أرخنا بتاريخين مختلفين بأن أقام أحدهما بينة على أن كراء مكترٍ سنة من أول رمضان، وأقام الآخر بينة على المكتري سنة من أول شوال فأيتهما تقدم؟ حكى الهروي فيه قولين:

أحدهما: وهو جواب العراقيين والروياني أن التي هي أسبق تاريخًا أولى؛

....

لأن السابق من العقدين صحيح لا محالة، فإن كان العقد على جميع الدار صح، وأمَّا الآخر فإن سبق العقد على البيت صح والعقد الوارد على الدار بعده يبطل في البيت، وفي باقي الدار خلاف تفريق الصفقة فرجح الأولى بذلك.

والثاني: أن البينة الأخرى أولى، وقد توجه بأن العقد الثاني فاسخ للأول، وربما تخللهما إقالة.

ثم عن صاحب «التقريب» وغيره أن موضع هذا الخلاف ما إذا لم تتفقا على أنه لم يجز إلا عقد واحد فإن اتفقتا عليه، فالبينتان متعارضتان أيضًا.

قال الرافعي: ولك أن تقول وجب أن يقال موضع التعارض في البينتين المطلقتين أو المطلقة والمؤرخة ما إذا اتفقا على أنه لم يجز إلا عقد واحد، فإن لم يتفقا عليه فلا تنافي بين البينتين يجوز أن يكون تاريخ المطلقتين مختلفًا وأن يكون تاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ تَنَافٍ ثَبَتَ أَكْثَرُ الزِّيَادَةِ بِالْبَيِّنَةِ الزَّائِدَةِ، انتهى كلامه نقلًا وبحثًا.

وقال القاضي شريح الروياني: إذا أقام بينة أنه استأجرها سنة بعشرة وأقام المكتري بينة أنه اكترى منه بيتًا بعشرة سنة، وإحداهما أسبق فإن اتفقت البينتان على أن الإجارة كانت في وقت واحد، واتفق المتداعيان على أنه لم يكن بينهما إلا عقد واحد فهي عين مسألة تعارض البينتين، وإن لم تتفقا؛ حكى القاسم قولين:

أحدهما: السابقة أولى وبه قطع البغداديون، **والثاني**: أن المتأخرة أولى؛ لأن فيه تصديق البينتين.

فَرْعٌ: قال شريح: قال في «الأم»: إِذَا اخْتَلَفَ الْمكرِي وَالْمُكْتَرِي فِي الرِّفَافِ، فَإِنْ كَانَتْ مُسَمَّرَةً فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرِي، وَكَذَا حُكْمُ كُلِّ مُتَّصِلٍ كَالْأَبْوَابِ وَالتَّأْزِيرَاتِ وَالسَّلَالِمِ الْمُسَمَّرَةِ وَمَا لَا يَتَّصِلُ بِالدَّارِ مِنْ قُمَاشٍ وَنَحْوِهِ فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُكْتَرِي لِيَدِهِ، وَأَمَّا الرِّفَافُ غَيْرُ الْمُسَمَّرَةِ، أَيْ: وَمَا فِي مَعْنَاهَا كَالسَّلَالِمِ الْمُنْفَصِلَةِ وَإِغْلَاقِ الْأَبْوَابِ - كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ- فَالْعُرْفُ فِيهِ

وَلَوْ ادَّعَيَا شَيْئًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنَهُ فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ حُكِمَ لِلْأَسْبَقِ، وَإِلَّا تَعَارَضَتَا.

مُضْطَرِبٌ وَالْيَدُ فِيهِ مُشْتَرَكَةٌ، قَالَهُ شُرَيْحٌ، فَالْمنصُوصُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ، وَتَكُونُ بَيْنَهُمَا وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْقُمَاشِ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُكْرِيَ إِذَا انْتَقَلَ مِنْ الدَّارِ، وَسَلَّمَهَا لِلْمُكْتَرِي لَا يَتْرُكُ قُمَاشَهُ فِيهَا وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِتَرْكِ الرِّفَافِ وَتَسْلِيمِهَا إِلَى الْمُكْتَرِي، وَيُحْتَمَلُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْمُكْتَرِي نَصَبَهَا، فَيَكُونُ ذَلِكَ مِمَّا يُعْتَادُ فَيَتَعَارَضُ الْأَمْرَانِ، فَقُلْنَا يَتَحَالَفَانِ ثُمَّ تَكُونُ بَيْنَهُمَا.

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا: يَجِيءُ أَنْ يُقَالَ الْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْمُكْتَرِي بِيَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ بِجَمِيعِ مَا فِيهَا، وَرُبَّمَا يَنْصِبُ السَّاكِنُ الرِّفَافَ بِالْمِسْمَارِ أَيْضًا، وَقَدْ جَرَى بِهِ الْعُرْفُ، انتهى.

قال: **(وَلَوْ ادَّعَيَا شَيْئًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنَهُ، فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ حُكِمَ لِلْأَسْبَقِ، وَإِلَّا تَعَارَضَتَا)** إذا ادَّعى كل واحد منهما الشراء منه بثمن معلوم، وذكر أنه وفره وطالب ذا اليد بالتسليم، فإن أقر لأحدهما سلمت العين إليه، وهل للآخر تحليفه؟

قال السرخسي: إن قلنا إتلاف البائع كآفة سماوية فلا؛ لأن قضية قوله أن البيع قد انفسخ بتفويت البائع المبيع عليه، وإن قلنا أنه كإتلاف الأجنبي وأثبتنا الخيار فجائز، وأراد أن يطلب من البائع قيمة المبيع فيبنى التحليف على الخلاف فيمن أقر لزيدٍ بعد إقراره لعمرو وهل يغرم؟ قد سبق بيانه ولا تمتنع دعوى اليمين على الآخر فإنه كهلاك المبيع قبل قبضه في زعمه.

وإن أنكرهما ولا بينة؛ حلف كل واحد منهما يمينًا، وإن أقام أحدهما بينة سلمت العين له وليس للآخر تحليفه؛ لتغريم العين فإنه لم يفوتها عليه وإنما أخذت البينة وله دعوى اليمين، وإن أقام كل واحد منهما بينة، وهي صورة الكتاب، فإن اختلف تاريخهما قضي بأسبقهما تاريخًا؛ لأنه إذا باع من أحدهما لم يتمكن من البيع للثاني وإن اتحد تاريخهما أو أطلقتا أو أرخت إحداهما فقط فأمَّا أن يستمر ذو اليد على الإنكار والتكذيب، أو يصدق بعد قيام البينتين

....

أحدهما الحالة الأولى أن يستمر على التكذيب فالبينتان متعارضتان، فإن قلنا بالتهاتر سقطتا وحلف كل واحدٍ منهما كما لو لم تكن بينة.

وقيل: يسترد اليمين، وفيه وجهان قيل: لا يحكم بسقوط البينتين، وأصحهما نعم؛ لأن بينة كل واحد شهدت له بتوفر اليمين وإنما سقطتا فيما فيه التعارض وهو رقبة المبيع دون المعين، وهذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، فإن فرض التعرض له، فلا رجوع بالثمن؛ لأن العقد قد استقر بالقبض وليس على البائع عقده بالحديث بعده، وإن قلنا بالاستعمال؛ فالأشهر أنه لا يجيء قول الوقف بناء على أن النزاع في العقد لا يوقف.

قال الرافعي: والأوجه وبه جزم في «الوجيز» مجيئه؛ لأنَّا لا نوقف نفس العقد وإنما نجز بتوقف لينكشف الحال وعلى هذا تنزع العين منه.

قال الإمام والقاضي وغيرهما: وكذا الثمنان وتوقف الكل، وإن قلنا بالقرعة فمن قرع تسلم العين بالثمن الذي سماه واسترد الآخر الثمن الذي أداه.

وإن قلنا بالقسمة وأحدهما النصف بما سماه فله خيار الفسخ؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه، فإن فسخا استرد الثمن، وإن أجازا استرد كل واحدٍ نصف الثمن المشهود به بناء على الصحيح أن الإجازة بالقسط لا بجميع الثمن، ويجوز أن يجيز أحدهما ويفسخ الآخر ويسترد الجميع، ثم إن سبقت الإجازة الفسخ رجع المجيز بنصف الثمن ولم يكن له أخذ النصف المردود؛ لأنه حين أجاز رضي بالنصف، وإن سبق الفسخ الإجازة فالأصح وبه أجاب العراقيون له ذلك وبقول القيمة أجاب الشافعي في هذه المسألة.

وروى الربيع قولًا هاهنا أن البيعين مفسوخان ويرجع إلى قول المدعى عليه فيقضي بموجبه، وامتنع جماعة من إثباته قولًا للشافعي منهم من خطأه، ومنهم من قال: إنه من كسبه ويخرجه وهذا ما نقله الماوردي عن الأصحاب.

الحالة الثانية: أن يصدق ذو اليد أحدهما وشهوده فعلى قول التهاتر تسلم العين إلى المصدق، وهو كما لو لم تكن بينة وأقر لأحدهما، وإن قلنا

....

بالاستعمال لم يقدم المصدق على أصح الوجهين لاتفاق البينتين على إسقاط يده باتفاق الأقوال، واليد المزالة لا تقتضي ترجيحًا فعلى هذا الحكم كما لو لم يصدق واحد منهما وقد بيناه، ثم اعرف شيئين:

أحدهما: أنهم لم يفرقوا فيما إذا لم يحلف تاريخ البينتين بين أن يطلق أو يتحد تاريخهما أو تطلق واحدة وتؤرخ أخرى؛ بل صرحوا بالتسوية وقد تضمن ذلك قول المصنف وإلا تعارضتا، واستدرك السرخسي فقال: هذا إذا لم تقدم البينة المؤرخة على المطلقة، فإن قدَّمناها قضينا لصاحبها ولا تجيء الأقوال.

الثاني: خصصوا الوجهين في أن تصديق ذي اليد هل يقتضي الترجيح بالتفريع على قول الاستعمال؟، وأمَّا على قول التهاتر فلم يفرقوا بين أن يصدق أو لا؛ لكن قياس جعل التصديق مرجحًا أن يقال: يرجح جانب من صدقه وليست حالة التصديق موضع خلاف التهاتر والاستعمال كاليد وسائر ما يوجب الترجيح، هذا حاصل ما أورده الرافعي خلافًا، وطرحناه من بقية الكلام على قول الاستعمال، وفي إيراد غيره زوائد وفوائد.

وحاصل «الحاوي»: أنه إن سبق تاريخ إحدى البينتين حكم بصحة العقد الأول ويرجع الثاني على البائع بالثمن لقيام البينة بقبضه له والأول أحق بالعين ولا يدل ذلك على ملكه فيها؛ إذ قد يبيع ما لا يملك حتى يقول الشهود قد باعها وهو مالكها، أو يقولون: إنها لهذا بابتياعها من هذا البائع فتدل الشهادة له بأحد الأمرين على ملك المشتري وصحة عقده، وإن أطلقت البينتان أو اتحد تاريخهما أو أرخت واحدة فقط فالعين إمَّا أن تكون في يد البائع أو يد أحد المشتريين أو في أيديهما أو يد أجنبي.

الحالة الأولى: أن تكون بيد البائع فهل يوجب تصديقه لأحدهما ترجيحها؟ وجهان:

الوجه الأول: وبه قال المزني وابن سريج: نعم فعلى هذا يرجع إلى بيانه في أسبق العقدين، فإذا بينه كان البيع له ولا يمين عليه للآخر؛ بل يقدم له

....

الثمن لا القيمة، وإن أنكر أن يكون عنده بيان كثلث لكل منهما أن يحلفه يمينًا محضة، فإن جمع بين المشتريين في البيان ألغى بيانه لاستحالة كون كل واحد متقدمًا على الآخر في حاله.

وقال أبو حامد الإسفراييني: تكون العين بينهما بتصديقه لهما، فإن قاله وهو يرى أن بيان البائع مقصور على التقدم بالعقد فقد وهم لاستحالة ذلك وإن قاله؛ لأنه لم يرجع إلى بيانه لأيهما باع فهو ارتكاب مذهب لا يقتضيه المذهب.

والوجه الثاني: وهو قول ابن خيران وعامة أصحابنا: أنه لا يقبل تصديقه لأجل يده لاتفاق البينتين على زوال ملكه فيبطل حكم يده وإنما يرجع إلى يد تجوز أن تكون مالكة فعلى هذا يجري على البينتين حكم التعارض في الظاهر، وإن جاز ألَّا يتعارضا في الباطن بأن يتقدم أحد العقدين فيكون في تعارضهما ثلاثة أقوال:

أحدها: سقوطهما ويرجع إليه فإن كذبهما حلف كل منهما، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر كانت العين مبيعة للمصدق فإن طلب المكذب إحلاف البائع؛ نظر إن سبق بالدعوى فله إحلافه؛ لأنه استحق اليمين بإنكاره قبل دعوى المصدق وإن ادَّعى بعد تصديق الآخر فلا يمين عليه إلا على تخريج يذكره، فلو عاد البائع فصدق الثاني بعد تصديقه الأول كالبيع للأول المتقدم إقراره له، ثم إن كانت قيمة العين بقدر الثمن الذي شهدت به بينة الثاني لم يغرم له إلا الثمن فإن كانت أكثر منه، ففي وجوبه غرم زيادة القيمة بعد رد الثمن قولان:

ثانيهما: يغرمها ومن هنا يخرج قول إن عليه أن يحلف للمكذب؛ لأنه إن أغرم مع الإقرار حلف مع الإنكار، وإن صدقهما جميعًا جعلت العين بينهما مبيعًا نصفين نصف الثمن المشهود به له إن اتفقوا على قدره، وإن عدلوا إلى غيره فكل منهما يأخذ نصفها بنصف الثمن الذي أقر به البائع، إن صدقاه على قدره، وإن كذباه حلفا عليه وأبطل البيع ولا يعتبر الثمن المشهود به وإن قبلت شهادتهما في دفعه؛ لأن تعارضهما في البيع لا في الثمن هذا حكم قول التعارض والتساقط.

....

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين فأيهما قرعت حكم بها وفي إحلاف صاحبها مع القرعة قولان:

أحدهما: يحلف؛ إن قيل القرعة مرجحة لدعواه.

والثاني: لا يحلف؛ إن قيل: إنها مرجحة لبينته، وللمقروع الرجوع بالثمن المشهود به.

والثالث: الاستعمال وقسمة العين بينهما ثم لكل منهما الخيار لتفريق الصفقة عليه فإن اختار الإمضاء كانا شريكين، أو الفسخ صحّ فسخ من تقدم منهما ويتوفر سهمه بالفسخ على المتأخر فيسقط خياره في الفسخ؛ لتكامل المبيع له، وإن أمضى أحدهما وفسخ الآخر زال ملك التفاسخ، وينظر إن فسخ قبل رضا الآخر فالنصف يوفر سهمه على الرضا وأخذ الجميع بثمن بينته، وإن فسخ بعد رضا الراضي لم يعد سهمه على الراضي.

الحالة الثانية: أن تكون العين في يد أحدهما، وهل تترجح بينته؟ قيل: على وجهين مبنيين على الوجهين في الترجيح بيد البائع؛ إذا صدق أحدهما، فإن رجحناه بيده وبينته رجع الآخر باليمين الذي شهدت به بينته، ويجوز أن يكون خصمًا لذي اليد، فإن أنكر حلفه، وإن صدقه سلمها إليه بإقراره بالثمن الذي شهدت به بينته، إن كان مثل الثمن في ابتياعه، وإن كان أقل لم يكن له أن يرجع بالباقي؛ لأنه مقر بأنه لا يستحقه على الثاني، وإن كان أكثر فليس له أخذ الزيادة لاعترافه أنه لا يستحق أكثر مما دفعه ويكون درك الثاني على الأول دون البائع ولا يكون على البائع درك الأول.

وإن قلنا: لا تترجح بينته بيد البائع؛ إذا صدق أحدهما سقط حكم يد المشتري هنا وتتعارض بينتاهما، وتأتي الأقوال الثلاثة: السقوط ويرجع على البائع في إقراره وإنكاره كما مضى الإقراع ويحكم للإقراع على ما مضى، والقسمة على ما مضى.

الحالة الثالثة: أن يكون في يدهما فقد تساويا في اليد والبينة ووقع

....

التعارض فتجيء الأقوال الإسقاط والإقراع والاستعمال، فإن رجحنا يد أحدهما رجحنا أيديهما وصار لكل واحد بينة داخل في النصف الذي بيده، وبينة خارج في النصف الآخر، فيجعل المبيع بينهما نصفين، وهل يحلف كل واحدٍ لصاحبه بيد أجنبي، فإن كانت نائبة عن البائع أو عن أحد المشتريين أو عنهما، فالحكم على ما سبق في الأحوال الثلاثة، وإن كانت يده لنفسه لم تتوجه الدعوى في البيع لنسبته إلى غيره، ولا يوجب بينة أحدهما انتزاع العين من يده؛ لأن بيع غيره لها لا يجعله مالكًا لها ولا مطالبة للبائع بها لدى البديل تسقط المطالبة عنه؛ لأجل البينة، ولا يمين عليه لو أخذ سهمًا ويرجع كل واحد منهما على البائع بالثمن الذي شهدت به بينته، فإذا حكم بإبطال البيعين وأخذ البائع برد الثمن جاز له أن يستأنف الدعوى، وهذا كله إذا لم تكن في البينة الشاهدة بالبيع شهادة للبائع بملك المبيع.

فأمَّا إن شهدت له بملك ما باع فإن عارضهما ذو اليد ببينة قدمت وإلا رفعت يده وثبت أن البائع باع ملكه، وإن كانت الشهادة بملكه من إحدى البينتين حكم بالبيع لمن شهدت بينته بالبيع والملك ورجع الآخر بالثمن وبطل حكم التعارض فيهما، وإن شهدت البينتان بالملك والبيع ثبت حكم التعارض، وجاءت الأقوال الثلاثة، انتهى ملخصًا، وفي كلام غيره تتمات وتفاريع يطول ذكرها.

فمنها: لو شهدت إحداهما في حال عدم التاريخ بأن الدار ملكٌ للبائع وقت البيع أو كونها ملكًا للمشتري اليوم قدمت.

قال العبادي: وكذا لو كان في إحدى البينتين أنها في يد المشتري، قال الهروي: ولم ترد به مجرد اليد بل أراد به اليد مع امتداد المدة على التصرف ومع عدم التنازع، وكذا لو كان في إحديهما ذكر نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة على الأخرى، قال العبادي: سواء كانت سابقة في التاريخ أو مسبوقة.

قال الهروي: وهذا غريب لم أره في كتب الأصحاب، ووجهه أن البينة السابقة إذا لم تتعرض لنقد الثمن، وتعرضت له البينة اللاحقة أوجبت تسليم المبيع، والبينة السابقة عن التعرض لنقد الثمن لم تترتب على دعوى تامة بطلب

....

تسليم المبيع، وهذا ظاهر على قولنا يجبر المشتري على تسليم الثمن ثم البائع يسلم المبيع بعده، وعلى قولنا الدعوى في الدين المؤجل لا تسمع قبل انصرام الأجل، انتهى.

وذكر الرافعي ذلك ملخصًا وتابعه ابن الرفعة وفيه وقفة، وفي «الحاوي»: إذا شهدت بينة أحدهما بأنه ابتاعه منه وقبضه وشهدت الأخرى بالبيع ولم يقولوا إنه قبضه فهل تترجح بينة من شهد له بالقبض؟ فيه وجهان، والذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه الترجيح؛ لأن البيع بالقبض منبرم، وقيل: القبض متردد بين سلامة البيع فينبرم أو تلفه فيبطل.

فَرْعٌ: في يده دار فجاء اثنان يدعيانها، فقال أحدهما: اشتريتها من زيدٍ وهو يملكها، وقال الآخر: اشتريتها من عمرو وهو يملكها، أو نسبا معًا الشراء إلى شخص واحدٍ، وأقام كل واحد بينة بذلك تعارضتا، فإن أسقطناهما وكان لا بينة ويحلف ذو اليد لكل واحدٍ يمينًا، فإن استعملناهما ففي مجيء قول الوقف ما سبق، ويجيء قولًا والقسمة والتفريع كما سبق إلا على قول القسمة إذا فسخ أحدهما العقد وأجاز الآخر لم يكن له أخذ النصف الآخر تقدم الفسخ أو الإجارة إذا ادعيا الشراء من اثنين وجبت أثبتنا الخيار على قول القسمة، فذلك إذا لم تتعرض البينة بقبض المبيع ولا اعترف به المدعي، وإلا فإذا جرى القبض استقر العقد وما يحدث بعد فليس على البائع عهدته، وإنما شرطنا في صورة الفرع أن يقول كل واحد منهما وهو يملكها؛ لأن من ادَّعى مالًا في يد آخر وقال: اشتريته من فلان لم تسمع دعواه حتى يقول وهو يملكه أو يقول وتسلمته منه أو سلمه إليّ؛ لأن الظاهر أنه إنما يتصرف بالتسليم فيما يملك، وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول: وأنت تملكه، ويكتفي بأن اليد تدل على الملك وكذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة ما اشتراه من فلان وهو يملكه أو اشتراه وسلمه منه أو سلمه إليه هو.

وفي «فتاوى» البغوي: أنهم لو لم يقولوا في شهادتهم أنه كان ملكًا لفلان بل شهدوا أنه ملك هذا المدعي اشتراه من فلان أن ظاهر النص أنها لا تسمع

....

ما لم يقولوا: اشترى من فلان وكان ملكًا له قال: وعندي يحتمل ألَّا يشترط هذه اللفظة؛ لأنه قد يشتريه من فلان شراء صحيحًا ولا يكون البائع مالكًا بل وكيلًا بالبيع؛ ولأنهم لما قالوا اشتراه من فلان فمطلق الشراء يحمل على الشيء الصحيح الموجب للملك خاصة إذا شهدوا لهذا المدعي بالملك في الحال، انتهى.

وفيما أبداه نظر إن أراد به ألَّا تتعين هذه اللفظة ولا ما ينوب منابها من أن للبائع ولاية البيع على المدعي ولا سيما إذا كان الشهود ممن لا علم لهم، وكما يجوز أن يكون البائع مالكًا أو نائبًا يجوز أن يكون سارقًا أو غاصبًا أو فضوليًا، قال الإمام: ويجوز أن يقيم شهودًا على أنه اشترى من فلان وآخرين على أن فلانًا كان يملكه إلى أن باعه منه، قال الرافعي: لكن الآخرين إن شهدوا هكذا فقد شهدوا على البيع والملك، وكأن المراد ما إذا أقام شهودًا على أنه اشترى منه وآخرين على أنه كان يملكه إلى وقت كذا، انتهى.

وإطلاقه وغيره يفهم أنه لا فرق في صورة الفرع بين أن يسبق تاريخ إحدى البينتين في الشراء من اثنين وبين ألَّا يسبق، قال ابن الرفعة: وحكى الفوراني قولًا آخر أن بينة السابق أولى، وعلى التعارض، وهو ما أورده القاضي الحسين وغيره، إن قلنا: بالتساقط فكأن لا بينة، وذكر نحو ما سبق في صدر الفرع ثم ساق كلام «الحاوي» بطوله كما أوردته في «الغنية».

فَرْعٌ: أقام أحد المدعيين بينة أنه اشترى الدار من فلان وكان يملكها وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى بحكم بينته ولا يحتاج أن يقول مقيم البينة: وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب البينة أن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه.

فَرْعٌ: قال شريح في «روضته»: لو ادَّعى رجل دارًا في يد زيد أنه اشتراها منه، وادعى آخر أن زيدًا وهبها منه وسلمها إليه وأقام كل منهما البينة فهو كما لو ادعيا الشراء منه على ما سبق، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يقال يؤخذ بالبيع؛ لأنه أقوى من عقد الهبة وفيه نظر، انتهى.

وَلَوْ قَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَأَقَامَاهُمَا، فَإِنْ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا، وَإِنْ اخْتَلَفَ لَزِمَهُ الثَّمَنَانِ وَكَذَا إنْ أَطْلَقَتَا أَوْ إحْدَاهُمَا فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(وَلَوْ قَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا: بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَأَقَامَاهُمَا، فَإِنْ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا، وَإِنْ اخْتَلَفَ لَزِمَهُ الثَّمَنَانِ، وَكَذَا إنْ أَطْلَقَتَا أَوْ إحْدَاهُمَا فِي الْأَصَحِّ)** صورتها أن تكون في يده دار مثلًا، فجاء اثنان فقال كل واحد منهما: بعت منك هذه الدار وكانت ملكي بكذا فأدى الثمن، فإن أقر لهما طولب بالثمنين أو لأحدهما طولب بالثمن المسمى وحلف للآخر، وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة وهي صورة الكتاب نظر إن اختلف تاريخهما لزمه الثمنان لإمكان اجتماعهما؛ وإن اتحدتا بأن عينتا مع الزوال مثلًا تعارضتا؛ لاستحالة كون جميعها ملكًا لكل من الاثنين في أوان واحد فعلى قول التهاتر كان لا بينة، وإن أقرعنا قضي للقارع بالثمن المشهود به وللآخر تحليفه قطعًا؛ لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه، وإن قسمنا كان لكل منهما نصف الثمن الذي سمَّاه، وقال: الدار كانت لهما فباعاها بثمنين مختلفين أو متفقين.

وذكر الإمام وجهًا آخر أبداه تخريجًا أنَّا نثبت اليمينين، وفي مجيء قول الوقف الخلاف السابق، والظاهر مجيئه، وإذا قسمنا عند التعارض فلا خيار لذي اليد لحصول تمام البيع له ولا عرض له في يمين البائع وقيل يثبت له؛ لأنه قد يرضى بمعاملة اثنين وإن أطلقت البينتان أو إحداهما فوجهان:

أصحهما: عند كثيرين ونسبه الماوردي والإمام إلى الأكثرين، وادعى الفوراني في «العمد»: أنه لا خلاف فيه، وحكى بعضهم طريقة قاطعة به أنهما كمختلفتي التاريخ فيلزمه الثمنان؛ لأن الثاني غير معلوم والعمل بكل واحدة من البينتين ممكن.

وثانيهما: أنهما كمتحدتي التاريخ إذ ربما شهدتا على البيع في وقت واحد، والأصل براءة ذمة المشتري فلا يؤاخذ إلا بالبينتين، قال ابن كج وبه قال القاضي أبو حامد وأبو الحسين وغيرهما فعلى هذا يعود خلاف التعارض.

وحكى أبو حاتم القزويني وغيره أن من الأصحاب من قال: إن شهدت البينتان على الإقباض مع البيع وجب الثمنان لا محالة، وهذا الخلاف طرق لا

....

أوجه، وعبارة الدارمي: وإن أقاماهما فإن قلنا يسقطان بطلتا أو يستعملان فهاهنا قولان:

أحدهما: يقرع، **والثاني**: يقسم نصفين فيكون لكل واحد نصف الثمن، فإن ذكرت بينتاهما القبض فعليه لكل واحدٍ منهما الثمن، كما قال المزني: وقيل نصف، فأمَّا إن أطلقتا أو بينتا أنه عقد واحد فنصف نصف، والمزني يقول: ثمن لكل واحدٍ، وقيل: إذا أطلقتا فثمنان فمن قال مع الإطلاق ثمن واحدٍ، قال: إذا ذكر القبض وجهان: **أحدهما**: ثمنان، **والثاني**: ثمن فيحصل إن ذكر عقد واحد فثمن، وإن أطلق فوجهان فإن ذكر القبض رتبه، هذا لفظه رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى.

تنبيهات:

أحدها: ما سبق من لزوم الثمنين إذا اختلف التاريخ من شرطه أن يكون بينهما ومن يمكن فيه العقد الأول ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني، ثم العقد الثاني فإن عين الشهود زمنًا لا يتأتى فيه ذلك لم يجب الثمنان قاله في «أصل الروضة» وهو منتزع من كلام «النهاية» وتبعه في «البسيط».

ثانيها: صور الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المسألة بما إذا قال كل واحد أنه له الدار وهو مالك لها وجرى عليه الأكثرون، وقضية إطلاق «المنهاج» و«التنبيه» وغيرهما أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يذكر أنها ملكه وقت البيع أو لا يذكره وهو ما حكاه أَبُو الْفَيَّاضِ الْبَصْرِيُّ في تتمة «الجامع الصغير» وأشار الرافعي إلى استغرابه.

ثالثها: لو قامت البينتان بإقرارهما ادعياه، قال الرافعي: فالأظهر أن الحكم كما لو قامتا على البيعين نفسهما فينظر إقامتها على الإقرارين مطلقًا أو على الإقرار بالشراء من زيد في وقت ومن عمرو كذلك، وقيل: يجب الثمنان وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقًا بخلاف الشهادة على البيعين مطلقًا؛ لأن الشهادة على الإقرار قد بينته بها ما لا يثبت بالشهادة على نفس المقربة، ألا ترى أنه لو قامت بينة على إقراره بالغصب من زيدٍ وأخرى على إقراره بالبينة

....

من عمرو يلزمه قيمتان، ولو قامتا على نفس الغصب من زيدٍ والغصب من عمرو وتعارضتا، فإن استعملناها لم تجب إلا قيمة واحدة، انتهى.

قال ابن الرفعة: وهذا الطريق لم يحكه البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ وغيره، ونقله المزني عن الشافعي ﷺ واستشهد به على لزوم الثمنين في المسألة السابقة عند إطلاق البينتين، وفرق الأصحاب بما ذكرناه، انتهى.

قلت: وممن اقتصر على هذا الطريق الماوردي وشريح الروياني، ونقله الهروي في «الإشراف» عن النص مقتصرًا عليه وكذلك الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وغيرهم، والظاهر أنه المذهب ولم أرَ ما ذكره الرافعي أنه الأظهر.

وفي «الروضة» أنه الصحيح إلا في «التهذيب» فإنه جزم بالتسوية بين البينة على البيع وعلى الإقرار به وهو غريب.

وقد أطلق البغوي والرافعي في أول المسألة القول بأنه إذا أقر لهما لزمه الثمنان لا محالة، نعم.

قال الماوردي: يجوز أن يكون في الإقرار تعارض في موضع وهو أن تتفق الشهادتان على أنه أقر مرة واحدة، ثم اختلفا فيمن أقر له، فقالت إحداهما: كان إقراره لزيد، وشهدت الأخرى أن إقراره كان لعمرو فتتعارض الشهادتان في الإقرار كما تعارضتا في العقد فيحمل تعارضهما على الأقوال في الموضعين.

فَرْعٌ: قال الرافعي: قال الإمام: لو شهد اثنان على أنه باع من فلان ساعة كذا وشهد آخران أنه كان في تلك الساعة لا يتحرك ولا يعمل شيئًا ففي قبول الشهادة الثانية خلاف للأصحاب؛ لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل الشهادة على النفي في المضايق وأصول الضرورات، فإن سمعناها فيتصور التعارض بهذا الطريق أيضًا زاد في «الروضة».

قلت: الأصح القبول؛ لأن النفي المخصوص كالإثبات في إمكان الإحاطة به، والله أعلم، انتهى.

فَصْلٌ

وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا: مَاتَ عَلَى دِينِي، فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرَانِيًّا صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ قُدِّمَ الْمُسْلِمُ، وَإِنْ قَيَّدَتْ إِحْدَاهُمَا أَنَّ آخِرَ كَلَامِهِ إِسْلَامٌ وَعَكَسَتْهُ الْأُخْرَى تَعَارَضَتَا، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارَضَتَا.

ويوافقه قول الرافعي في أواخر الطلاق: أنه لو رأى ذهبًا فحلف بالطلاق أنه الذهب الذي أخذه من فلان فشهد شاهدان أنه ليس ذلك الذهب وأنه حانث؛ فظاهر المذهب وقوع الطلاق وإن كانت هذه شهادة على النفي؛ لأنه نفي يحيط العلم به، انتهى.

لكن الإمام هنا في صورة الفرع قال: إن الذي ذهب إليه الأكثرون أن الشهادة مردودة لتعلقها بالنفي وبنى الشهادة على التعرض للإثبات.

وعلل في «البسيط» ذلك بأنها شهادة على النفي ولا ينضبط الأمر لو فتح الباب، والثاني يقبل لإمكان إسنادها إلى الحقيقة وهذا متجه ولكن الأكثرين ذهبوا إلى رد الشهادة، انتهى ولا يجيء خلاف حنث الجاهل في مسألة الطلاق التي استشهد بها.

فَصْلٌ

قال: (**وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا: مَاتَ عَلَى دِينِي، فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرَانِيًّا صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ قُدِّمَ الْمُسْلِمُ، وَإِنْ قَيَّدَتْ إِحْدَاهُمَا أَنَّ آخِرَ كَلَامِهِ إِسْلَامٌ وَعَكَسَتْهُ الْأُخْرَى تَعَارَضَتَا، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارَضَتَا**) مقصود الفَصْل: الكلام في تعارض البينتين في الموت والميراث فمن مسائله أن يموت رجل عن اثنين مسلم ونصراني مثلًا فاختلفا فيما مات عليه، فقال المسلم: مات مسلمًا فلي الميراث، وقال الآخر: مات نصرانيًا فلي الميراث، فإمَّا أن يكون الأب معروف الدين أو لا.

الحالة الأولى: أن يعرف بالتنصر، فقال المسلم: أسلم ثم مات، وقال

....

النصراني: بل مات نصرانيًا؛ فالقول قوله بيمينه؛ إذ الأصل بقاء كفره.

وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة نظر إن أطلقتا، فقالت بينة المسلم: إنه مات مسلمًا، وقالت بينة النصراني: إنه مات نصرانيًا؛ فالقول قوله بيمينه أقر الأصل بقاء كفره، وإن أقام كل واحد منهما بينة نظر إن أطلقتا، فقالت بينة المسلم: إنه مات مسلمًا، وقالت بينة النصراني: إنه مات نصرانيًا، وبينة المسلم مقدمة لزيادة علمها وهي انتقاله إلى الإسلام والأخرى استصحبت وشهدت بالأصل والناقلة أولى من المستصحبة، ولمثل هكذا قدَّمنا بينة الجرح على التعديل هذا هو المشهور.

وفي «الحاوي»: إنه لو شهدت بينة المسلم أنّ أباه مات مسلمًا، وبينة النصراني أنه مات نصرانيًا فقد اختلف أصحابنا هل تحمل هذه الشهادة على التقييد؛ لأن كل واحدة شهدت ببينة عند الموت حتى يأتي؟ فيه أقوال التعارض والاستعمال أو يحمل على الإطلاق؛ لأنهما استصحبا ما تقدم من حاله ولم يقطعا بدينه عند خروج روحه فلا تعارض ويكون الميراث للمسلم على وجهين، انتهى والمذهب ما ذكرناه.

ولو مات رجل عن ابن وزوجة، فقال الابن: داره هذه ميراث بيننا، وقالت زوجته: بل أصدقنيها أبوك أو باعها مني، فأقام كل واحد بينة، فبينتها أولى ولو ادَّعى على مجهول أنك عندي وأقام الآخر بينة أنه كان ملكًا لزيد فأعتقه قدمت بينته لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية، وعلى هذا قياس المسائل ولو قيدت البينتان أنه تكلم في آخر عمره بكلمة، فقال الابن المسلم: كانت كلمة الإسلام فأقام عليه بينة، وقال الآخر: بل كانت ملكك الكلمة كلمة النص وأقام عليه بينة تعارضتا، فعن قول السقوط يسقطان ويصير كأن لا بينة فيصدق النصراني بيمينه؛ لأن الظاهر معه.

قال شريح الروياني: قال جدي: وقد قيل يحكم بالإسلام ويصير بقيام البينتين في حكم مجهول الأصل فيحكم بإسلامه؛ لأن الدار دار الإسلام، قال: وهذا ليس بقولي، وإن قلنا باستعمالها فعلى الوقف يوقف وعلى القرعة

....

يقرع فمن قرع فله التركة وعلى القسمة يقسم بينهما نصفين، وقال: وقال أبو إسحاق وطائفة كما قال الماوردي لا تجيء القسمة، والجمهور على مجيئها.

الحالة الثانية: ألَّا يكون الأب معروف الدين فإن لم تكن بينة نظر فإن كان المال في يد غيرها فالقول قوله وفي يدهما حلف بكل واحد لصاحبه وجعل بينهما، وأبدى في «الشامل» احتمالًا لا يحتاج إلى التحالف مما سيأتي عنه، وقد يؤيده سكوت جماعة عنه وإن كان في يد أحدهما فوجهان:

أحدهما: وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين وجماعة: فالقول قوله بيمينه والصحيح أنه يجعل بينهما ولا أثر لليد بعد اعترافه أنه كان للميت، وإن أقاما بينتين تعارضتا سواء أطلقنا أم قيدنا، ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق، وقبل تقدم بينة الإسلام؛ لأنه الظاهر من حال من هو في دار الإسلام.

قال الرافعي: والمشهور في «الروضة» والمذهب الأول.

وفي «الإشراف»: إنه إذا لم يعرف أصل دينه سقطتا في قولٍ وسلط من بيده التركة عليها وقيل الصواب استعمال البينة، انتهى.

وفي «الحاوي»: أنهما إذا سقطتا والدين مجهول ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول المزني أنها تقسم بينهما ملكًا بالتحليف دون البينة لتكافئهما فيها.

والثاني: وهو قول ابن خيران أنها تقسم بينهما يدًا وتفريعهما أمانة يمنعان من التصرف فيها حتى يبين مستحقها منهما أو يصطلحان عليها كالميت عن زوجتين إحداهما مطلقة وقد أشكلت.

والثالث: ويشبه أن يكون قول أبي إسحاق أنها تقر في يد من كانت في يده قبل التنازع والتحالف، فإن كانت في يدهما أو يد أجنبي أو في يد أحدهما أقرب على حالها وكان إقرار زيد وأمانة من غير قسمة ووهم أبو حامد فأقره في يده ملكًا وهو خطأ؛ لأن سبب استحقاقه متعين بالميراث فلم يجز أن يكون لليد في تملكها تأثير، ويقرب منه قول ابن الصباغ بعد ذكره قول أبي حامد،

....

وهذا فيه نظر أنه معترف بأنه للميت الذي ادَّعى أنه يرثه والآخر يدعي مثل ذلك، فلا ينبغي أن يكون لمثل هذا إليه حكم بل ينبغي أن يكون موقوفًا أو مقسومًا عليهما وهذا قويم.

وعبارة ابن شداد: وقال صاحب «الشامل»: يجب أن تكون التركة موقوفة بحالها ولا طلب لواحدٍ منهما؛ لأنه لم يقم حجة أو يقول تقسم بينهما ولا يخالف هذا لفظه فيما إذا كانت التركة في يدهما، وفي «الانتصار»: وإن كانت في يد أحدهما؟

قال أبو حامد: كذا، وقال صاحب «الشامل»: لا ينبغي أن يكون ليده حكم بل يجب أن يكون موقوفًا أو مفسوخًا بينهما، وإن كانت في يدهما جميعًا؟ قال أبو حامد: يحلف كل واحد منهما على ما في يده ويقر عليه.

قال صاحب «الشامل»: يجب أن يكون على ما ذكرته أمَّا أن يقر يدهما عليه أو يقسم بحكم اليد ولا يتحالفان، قال: وهذا كله إذا قلنا بالسقوط، انتهى.

إشارات وتتمات:

منها: ينبغي أن شامل كلام الرافعي هنا فيما إذا لم يعرف أصل دينه ولم تكن لأحدهما بينة مع كلامه في الفرع الآتي من بعد، وهو ما إذا مات عن زوجة وأخ مسلم وعن أولاد كفرة فربما يظهر بين الكلامين تفاوت.

ومنها: جعل الماوردي للبينتين وقد عرفت نصرانيته في الحياة أربع أحوال:

إحداها: أن يطلقا فيقول شهود المسلم أن أباه مسلم وتقول الأخرى أنه نصراني فيحكم بالأولى لزيادة علمها ويرثه المسلم.

الثانية: أن يقيد الشهادة وكل واحدة بأن آخر كلامه كذا، ثم حكى ما سبق عنه أنه لو شهدت بينة المسلم أن أباه مات مسلمًا وعاكستها الأخرى.

الثالثة: أن تكون الشهادة بالإسلام مطلقة وبالنصرانية مقيدة فلا تعارض؛

....

لأنه قد يسلم ثم يرتد بعد إسلامه إلى النصرانية، فتصح الشهادتان ويحكم بردته ويكون ماله فيئًا.

الرابعة: عكس الثالثة، ولا تعارض ويرثه المسلم، وعبر الفوراني عمَّا ذكره في الحالتين الأخيرتين بقوله: وإن كانت إحداهما مطلقة والأخرى مقيدة فالعمل بالمقيدة أولى.

ومنها: قال في «الأم»: إذا حضر أخوان مسلم ونصراني فذكرا أن أباهما مات وترك هذه الدار ميراثًا، وقال المسلم: مات مسلمًا، وقال النصراني: مات نصرانيًا، سُئلا فإن تصادقا على أنه كان نصرانيًا، ثم قال المسلم: أسلم بعد قتل الملك النصراني، فإن ثبتت بينته بأنه أسلم ومات مسلمًا كان الميراث للمسلم، وإن قال: لم يزل مسلمًا، وقال الآخر: لم يزل نصرانيًا، وقفنا المال حتى يعلم أو يصطلحا، فإن أقام النصراني بينة أنه كان نصرانيًا ومات نصرانيًا كان الميراث له دون المسلم، وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة على دعواه ففيها قولان:

أحدهما: يقرع فأيهما خرج سهمه أحلف وجُعل له الميراث.

والثاني: يقسم بينهما، ثم قال الربيع: قال الشافعي إثر قول القسمة: وهذا ما أستجر الله فيه وأنا فيه واقف، ثم قال الشافعي لا يعطى أحد منهم شيئًا يوقف حتى يصطلحا، قال الربيع: وهو آخر قول الشافعي وهو أصوبهما هذا لفظ «الأم» وهو كله مفرع على قول الاستعمال.

ومنها: قال الفارقي إثر قول «المهذب»: وإن لم يعلم أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين الصحيح أن الحال لا يختلف بين أن يعلم أصل دينه أو لا يعلم على ما حكاه الشيخ أبو نصر؛ ولأنه سواء علم أو لم يعلم مع تعارض البينة بالكفر والإسلام فاحتمال صدق كل واحدٍ منهما ثابت، انتهى.

ومنها: قول المصنف وإن قيدت أن آخر كلامه إسلام، أي: ما يكون مسلمًا وهو النطق بالشهادتين والتبرؤ من كل دين خالف دين الإسلام كما قاله

....

الماوردي وغيره، وقوله وعكسته الأخرى، أي: بأن شهدت أن آخر كلامه ما يكون به نصرانيًا وهو النطق بالتثليث كما قاله الماوردي أو بأن لا إله إلا الله وأن عيسى رسول الله وأنه بريئ من كل دين سواه كما قاله العبادي، قال الهروي: وفيه إشكال؛ لأن المسلمين يثبتون نبوة عيسى عليه السلام وإثبات نبوته ليس نفيًا لنبوة نبينا محمد ﷺ سيما عند منكري المفهوم.

قلت: وفيه نظر؛ لأن من تبرَّأ من دين سوى دين عيسى فقد تبرأ من دين نبينا محمد ﷺ والعجب من الرافعي كونه نقل عن أبي عاصم وأن عيسى رسول الله وحده قوله وأنه بريئ من كل دين سواه، ثم قال: قال أبو سعد: وفيه إشكال ظاهر فذكره، ثم قال: فيجب أن نفسر حكمه بالتنصر بما يختص به النصارى بقولهم: إن الله تعالى ثالث ثلاثة، انتهى.

فالرافعي أمَّا سقط من الأصل الذي نقل منه آخر الكلام الذي ذكرناه أو زاغ بصره عنه، أي: عن الفرق بين أن نقوله إن سكت على قوله رسول الله كما ظنه الهروي وهو بعيد، ثم قال الهروي في تتمة كلامه السابق: ولا يقنع بالظاهر السابق إليه الإفهام والظنون في هذا الباب بل يجب أن يقطع البينة بإثبات كلمة النصرانية على وجه ينتفي عنه الإشكال، وهذا ما عبر عنه في «الروضة» بقوله: يشترط في بينة التنصر أن يفسر كلمة التنصر بما يختص به النصارى كقولهم ثالث ثلاثة، وهل يجب في بينة الإسلام تفسير كلمة؛ لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلامًا؟ فيه وجهان، انتهى.

قال ابن الرفعة: وعدم الوجوب هو الذي أوجبه البندنيجي وغيره.

ومنها: إذا قلنا بالقسمة خلافًا لأبي إسحاق فهل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر؟ فيه وجهان رواهما ابن كج، والأصح: المنع، ونقل وجهين في كيفية القسمة إذا مات عن ابن وبنت وتنازعا في دين الأب، وقلنا بالقسمة عن ابن سلمة وغيره: أنه يقسم المال بينهما نصفين، وعن غيره أنه يُقسم ثلاثًا قسمة الميراث، قال الرافعي: وليسا ولا واحدٍ منهما تقويم بل يجب أن يقال هما كشخصين يدعي أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما بينتين، وقد مرَّ

....

أن على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها، وللثاني ربعها، وعبَّر في «الروضة» عن ذلك بقوله: والصواب أنهما كرجلَيْ المسألة.

قلت: ويتمشى قول ابن سلمة، إذا قلنا بالرد عند فساد بيت المال كوقتنا؛ لأن البنت تقول حينئذٍ أنا أستحق جميع التركة فرضًا وردًا.

ومنها: قول الفوراني في «الإبانة»: إذا قالت بينة الكفر أنه كان آخر كلامه الإسلام فقولان: **إن قلنا**: بالتهاتر فإن كان له أصل دين معلوم فيستبقي حكمه وإن لم يكن فالمال بينهما بحكم اليد على النصف، **وإن قلنا**: بالاستعمال فيجيء فيه الأقوال، إن قلنا: بالقسمة فيجعل نصفين بحكم البينة، قل المسلمون من ورثته أو كثروا فلهم النصف فقط بخلاف ما إذا لم تكن بينة، أو قلنا بالتهاتر، فإن المال بينهم بحكم اليد هناك فهم فيه سواء، الكفار والمسلمون.

وقال في «العمد»: وإن قالت: كل بينة منهما شاهدناه عند الموت يتكلم بكذا تعارضتا، فإن قلنا تهاترتا ينظر فإن كان أصل دينه متفقًا عليه من أن يتفقا على أنه كان في الأصل نصرانيًا فالبينتان ساقطتان والميراث للابن الكافر وبالضد، وإن لم يكن متفقًا عليه فحينئذٍ يقسم بينهما بحكم اليد حتى لو كان اثنان يدعيان إسلامه وثلاثة لغيره فخمسان للمسلمين وثلاثة أخماس للكفار، وإن قلنا: بالاستعمال ففي كيفيته ثلاثة أقوال ذكرناها، وإن قلنا: بالقسمة يحصل نصفه لمن يدعي الإسلام قلوا أم كثروا وكذا من يدعي الكفر؛ لأن هذه القسمة بالبينة لا باليد هذا لفظه فيما رأيته من كتابيه، وذكر ابن الرفعة في «الكفاية» عنه أنه قال في هذه الحالة الثانية: أن يقسم عليهم على عدد الرؤوس؛ لأنها قسمة بحكم اليد، انتهى.

ومنها: قال الرافعي في آخر كلامه على المسألة ورد إنا حكينا سببَيْن:

أحدهما: إن الموت على كلمة الإسلام يوجب الإرث للابن المسلم، لكن الموت على كلمة التنصر لمجرده لا توجب الإرث للابن النصراني؛ لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر وحينئذٍ فلا يورث عنه وهل العرض فيما إذا تعرض الشهود

....

لاستمراره على النصرانية إلى أن جعلها آخر كلامه أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضمومًا إلى الختم عليه وإن لم يتعرض له الشهود.

والثاني: إن تقييد البينتين إن آخر كلامه كان كذا غير محتاج إليه ليزول الترجيح بزيادة العلم بل تقيد بينة النصراني بأنه تكلم آخرًا بكلمة التنصر كافٍ فيه، انتهى.

ومنها: قال الأصحاب ويغسل الميت ويصلى عليه في هذه المسائل وينوي الصلاة عليه إن كان مسلمًا، وكذا يقيد الدعاء بذلك كما سبق في الجنائز عند اختلاط موتانا بموتاهم الكفار، وقال العراقيون هنا معللين؛ لأن أمره مشبه فجرى مجرى جماعة ماتوا وفيهم كافر قد أشكل وأنهم يغسلون ويصلى عليهم.

قال الإمام: ولا حاجة إلى هذا الاستشهاد والعمدة في الصلاة إسناد الإسلام إلى بينة، وليس في الصلاة نزاع ولا يموت ميت فيقطع له بالإيمان في الموافاة ولست أنكر ترددًا من طريق الاحتمال سيما إذا كان الرجل معروفًا بالتنصر، وقد تعارضت البينتان في الكلمة التي بها الاختتام، ولكن النص هذا ولم أرَ في الطرق ما يخالفه وكما يغسل ويصلى عليه يدفن في مقابر المسلمين كما يدفن الموتى الذين فيهم كافر.

قال الماوردي: وفي الحالة التي يحكم فيها بردته لا يغسل ولا يصلى عليه وأراد ما إذا كانت بينة النصراني مقيدة وبينة المسلم مطلقة، والله أعلم.

فَرْعٌ: مات عن زوجة مسلمة وأخ مسلم وأولاد كفرة، فقال المسلمان: مات مسلمًا، وقال الأولاد: بل كافرًا، فإن كان أصل دينه الكفر، فالقول قول الأولاد، وإن أقام كل فريق بينة، فإن أطلقنا قدمت بينة المسلمين، وإن قيدنا جاء التعارض، وإن لم يعرف أصل دينه وقف المال حتى ينكشف الحال أو يصطلحوا، وإن أقام كل بينة فعلى الخلاف في التعارض، ويعود خلاف أبي إسحاق في مجيء قول القسمة، وإذا رجحنا طائفة قسم المال بينهم كما يقسم

....

لو انفردوا، وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريعًا على القسمة منه فالنصف للزوجة والأخ، والنصف للأولاد وفيما تأخذ الزوجة من النصف وجهان:

أحدهما: تأخذ ربعه وكأنه كل التركة، وهو ما ذكره السرخسي.

والثاني: تأخذ نصفه ليكون لها ربع التركة، فإن الأخ معترفون به والأولاد لا يحجبون بقولهما، وهذا ما أورده الإمام ومن تبعه، زاد في «الروضة»: والأول أصح؛ لأنها معترفة أيضًا باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة، والله أعلم.

قال ابن الرفعة: وإن قلنا بالقسمة، أي: في أصل المسألة، فالذي أورده الجمهور أنا نقسم هاهنا، ثم ذكر ما تقدم إلى قوله: هذا ما أورده الإمام ومن تبعه.

ثم قال: وفي «الحاوي» أن الذي عليه الجمهور أنه لا يصح تخريج قول القسمة هاهنا، وإن جاز في المسألة السابقة؛ لأن الابنين فيما تقدم شريكان والأخ والابن هاهنا متدافعان فصح الاشتراك هناك وبطل هاهنا، انتهى.

وما ذكره الماوردي يظهر قوته ألا ترى أن الشيخ أبا حامد وأتباعه ردوا على أبي إسحاق هناك بأن احتمال كون المال للابنين قائمًا في تلك الصورة؛ لأنه يجوز أن يكون مات نصرانيًا قبل إسلام أبيه فيكون ميراثه لهما إلا أن المسلم ادعى أنه مات مسلمًا ليأخذ كل الميراث فما حصل القضاء بالخطأ يقينًا كما ظنه أبو إسحاق.

قال البندنيجي بعد كلام شيخه: وهذا يخرج منه ما إذا عرف إسلام المسلم منهما قبل وفاة أبيه.

وقال شريح الروياني: وإن لم تكن بينة فإن عرف أصل دينه بني الحكم عليه، وإن لم يعرف وقف إلى أن يتبين الحال، وقال بعض أصحابنا: يعطى كل من في يده المال قدر ما يدعيه، فإن كان في يد المرأة تعطى قدر الربع، والباقي للأخ، وإن كان في يد الابن فهو له ولا حق للمرأة والأخ فيه، وإن

وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنْ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ الْمُسْلِمُ أَسْلَمْت بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: بَلْ قَبْلَهُ صُدِّقَ الْمُسْلِمُ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ أَقَامَاهُمَا قُدِّمَ النَّصْرَانِيُّ. فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الِابْنِ فِي رَمَضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ مَاتَ الْأَبُ فِي شَعْبَانَ، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ فِي شَوَّالٍ صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ عَلَى بَيِّنَتِهِ.

كان في يد غير الوارث وقف إلى أن يصطلحوا وتقوم بينة، وقد قيل إذا لم يعرف أصل دينه غلب حكم الأصل؛ لأنه يعلو لا يُعلى وإذا اصطلحوا فهل هو صلح على الحقيقة؟ حكي عن بعض أصحابنا فيه قولان:

أحدهما: أنه صلح حقيقة.

والثاني: أنه يجري مجرى المفاداة ونحوها، وإن اصطلحوا على قدر ما ادعى كل واحدٍ وأقل جاز أو على أكثر فوجهان، وإن قلنا صلح حقيقة لم يجز، وإن قلنا مفاداة جاز، انتهى.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنْ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ، فَقَالَ الْمُسْلِمُ: أَسْلَمْت بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: بَلْ قَبْلَهُ؛ صُدِّقَ المسلِمُ بِيَمِينِهِ**) أي: لأن الأصل استمراره على دينه فيحلف ويشتركان في المال، وإن أقام أحدهما بينة قضي بها؛ إذ لا معارض لها.

قال: (**وَإِنْ أَقَامَاهُمَا قُدِّمَ النَّصْرَانِيُّ**) لما معه بينته من زيادة العلم، والأخرى مستصحبة ولا فرق كما قاله في «المحرر» وغيره بين كون هذا التنازع مع الاتفاق على تاريخ موت الأب أو دونه.

قال: (**فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الِابْنِ فِي رَمَضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ: مَاتَ الْأَبُ فِي شَعْبَانَ، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: فِي شَوَّالٍ؛ صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ**) أي: لأن الأصل دوام الحياة.

(**وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ عَلَى بَيِّنَتِهِ**) أي: لأنها تنتقل من الحياة إلى الموت في شعبان، والأخرى مستصحبة للحياة إلى شوال فمع الأولى زيادة علم.

قال الرافعي: وأعرض الإمام، أي: على الأصحاب بأن بينة النصراني تثبت الحياة في شعبان؛ لأنها تشهد على الموت في شوال؛ فالموت إنما يكون

....

عن حياة والحياة صفة ثابتة يشهد عليها كالموت فليحكم بتعارضهما وجريان أقوال التعارض.

قال الرافعي: لكن هذا الكلام لا اختصاص له بهذه الحالة؛ بل يمكن أن يقال في الحالين السابقين، وقد قدمنا بينة النصراني أن بينة المسلم تثبت النصرانية في شعبان؛ لأنها تشهد على الإسلام في شوال والإسلام إنما يكون عن الكفر فليحكم بالتعارض والوجه أن تراعى كيفية الشهادة فإن أطلقت البينتان فترجح التي تنقل، ويفرض حدوث شيء على ما سبق، وإن شهدت بينة النصراني في الحالة التي نحن فيها بأنهم عاينوه حيًّا في شوالٍ وشهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون كلمة التنصر منه إلى انتصاف شوال مثلًا فتتعارض البينتان، انتهى.

وعبارة «البسيط»: قال القاضي والأصحاب: بينة المسلم أولى لاشتمالها على زيادة معرفة بوقوع الموت في شعبان، أما كونه ميتًا في شوال فهو مشترك في البينتين.

قال الإمام: وهذا ضعيف؛ لأن بينته إن صرحت بأنها رأته حيًّا في شوالٍ فهما متعارضتان؛ لأن الشهادة على الحياة شهادة على إثبات لا نفي وهي زيادة، وإن أطلقت بأنه مات في شوال فالمفهوم منه أنه مات عن حياة لا أنه كان ميتًا في شوال فلا وجه إلا التعارض، ثم تجري الأقوال الأربعة إذ يستحيل أن تحمل شهادة الموت في شوال على مجرد استصحاب الموت، انتهى. وهذا حاصل «النهاية» وهو حق.

واقتصر الرافعي في «شرحه الصغير» على نقل كلام الإمام عنه وطرح بحثه في «الكبير» وكأنه رجع إلى موافقته.

فَرْعٌ: مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق.

وقال الآخر: أسلمت قبله أيضًا، وقال المتفق على تقدم إسلامه؛ بل أسلمت بعد موته.

وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ مَاتَ عَلَى دِينِنَا صُدِّقَ الْأَبَوَانِ بِالْيَمِينِ، وَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحُوا.

قال الرافعي: فعلى الأحوال الثلاث إن اقتصر على ذلك واتفقا على أن الأب مات في رمضان، وقال قديم الإسلام: أسلمت في شوال، فقال بل في شعبان؛ صدق قديم الإسلام بيمينه فيحلف أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه، فإذا حلف فله جميع الميراث، وهكذا الحكم لو تنازعا مطلقًا من غير تعرضٍ لتاريخ كما اقتضاه كلام «الحاوي» وغيره، وإن أقاما البينة قدمت بينة الآخر وإن اتفقا على أن الآخر أسلم في رمضان، ثم قال قديم الإسلام: مات أبونا في شعبان، وقال الآخر: بل في شوال؛ فالمصدق الآخر؛ إذ الأصل بقاء الحياة حتى يعلم تقدم الموت ولو أقاما البينة قدمت بينة قديم الإسلام وقس بهذا الفرع نظائره، كما لو مات حر عن ابنين أحدهما متفق على حريته قبل موت أبيه واختلفا في أن الآخر عتق قبل موته أو بعده، انتهى كلام الرافعي.

وفي صورة الفرع ذكر الغزالي في «البسيط» وصاحب «الذخائر» وغيره اعتراض الإمام السابق وكأنهم لو أعدم الفرق بين الصورتين ولو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلمًا فادعى الآخر ذلك فنازعه الأول، وقال: كنت نصرانيًا وإنما أسلمت بعد موت الأب؛ فالقول قوله أنه لم يزل مسلمًا؛ لأن ظاهر الدار يشهد له، ولو قال كل واحدٍ منهما لم أزل مسلمًا وكان صاحبي نصرانيًا أسلم بعد موت الأب؛ فوجهان: أحدهما: أنه لا يصرف إلى واحدٍ منهما؛ لأن الأصل عدم الاستحقاق، وأصحهما: يحلف كل واحدٍ منهما ويجعل المال بينهما؛ لأن ظاهر الدار يشهد كل واحدٍ منهما فيما يقوله في حق نفسه.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ مَاتَ عَلَى دِينِنَا؛ صُدِّقَ الْأَبَوَانِ بِالْيَمِينِ**) لأن كفر الولد معلوم بكفرهما فيستصحب إلى أن يثبت خلافه.

(**وَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحُوا**) أي: لتساوي الحالين بعد بلوغه في إسلامه وكفره، هكذا حكي الخلاف قولين عن ابن سريج.

....

وقال في «العمد»: قال ابن سريج: فيه وجهان: **أحدهما**: أنه للأبوين لأنه في الأصل كان تابعًا لهما.

والثاني: للابنين؛ لأن البالغ لا يكون تابعًا لأحد، انتهى.

فحصل أن الخلاف وجهان، وكثيرًا ما يقول المتقدمون لابن سريج في المسألة قولان والوجهان مبنيان كما قاله القاضي الحسين وغيره على ما إذا اجتمع الأصل، والظاهر أيهما يغلب، واجتمع في المسألة ثلاثة أوجه: ثالثها: الوقف حتى ينكشف أو يصطلحوا، قال الإمام: وليقع فرض المسألة إذا لم يسلم المسلمان كون الأبوين كافرين أصليين، أي: وادعيا ردتهما، كما قاله في «البسيط» فإن ذلك لو ثبت لم يكن شكًا في كفر الابن أولًا في الأصل، وإنما يثبت إسلامه طارئًا بسبب وإنشاء إسلام، وإن كان كذلك فمستصحب أصل الكفر أولى إذا لم تكن بينة وهذا واضح، انتهى لفظه.

تنبيهات:

منها: قال في «الروضة»: قلتُ: قول الوقف أرجح دليلًا؛ ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين وأنكروا على صاحب «التنبيه» ترجيحه قول الابنين وهو ظاهر الفساد، انتهى.

كأنه قلد ابن يونس فإنه حكى عن لفظ «التنبيه»: أصحهما: أن القول قول الابنين وأحسبه سهوًا؛ فإن الذي في «توجيه» ابن الخل[1] لفظة الأبوين وهو أعلم بالتنبيه، وكذا ذكره جمع من العراقيين لكن بلا ترجيح، وبالجملة فنسخ «التنبيه» مختلفة، ورأيت في «إشراف الهروي» بعد ذكره قولي تصديق الأبوين والوقف وحكى العراقيون قولًا ثالثًا: أن القول قول الابنين وزعموا أنه أصح، انتهى.

وهذا التصحيح موجود في «مقنع» المحاملي وسليم الرازي و«تحرير»

---

(١) ابن الخل الفقيه محمد بن المبارك بن محمد بن عبد الله بن محمد الإمام أبو الحسن ابن أبي البقاء البغدادي المعروف بابن الخل الشافعي. توفي سنة ٥٥٢ هـ. انظر: «الوافي بالوفيات» (٨٧/٢).

وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِمًا، وَأُخْرَى غَانِمًا وَكُلٌّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخُ تَقْدِيمٍ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ، ....

الجرجاني و«انتصار» ابن أبي عصرون، وجزم به في كتابيه «المرشد» و«التنبيه» ونسبه ابن الرفعة في «شرح الوسيط» إلى الجمهور، وقد بسطت الكلام على المسألة في «التوسط» وأوضحت كلام الأئمة فيها فينبغي لطالب الفائدة مراجعته ليحيط بكلام الأئمة فيها ففيه اضطراب كثير، وبالله التوفيق.

ومنها: قال ابن الرفعة: قال في «المرشد»: وما ذكره إذا كان الولدان بالغين ولم تكن أمهما كافرة، فأما إن كانا صغيرين وأمهما كافرة وقامت بينة بإسلامهما، أو أقر الجدان بذلك فإنه يحكم بأنه مات مسلمًا، وتكون الدعوى من الناظر في مالهما، انتهى لفظه.

وعبارة «الانتصار» لصاحب «المرشد»: هذا إذا كان الولدان بالغين أو لم تكن أمهما مسلمة، فأما إن كانا صغيرين إلى آخر ما نقله عن «المرشد» بحروفه فتأمله!

ومنها: لو انعكس الحال فكان الأبوان مسلمين والابنان كافرين فإن لم يعلم للأبوين كفر قبل الإسلام حكم بإسلام ولدهما ولا يمين عليهما، وكانا أحق بميراثه من ابنيه، وإن علم كفر الأبوين قبل الإسلام قال الماوردي: فيجوز أن يولد قبل إسلامهما فيجري عليه حكم الكفر، ويجوز أن يولد بعد إسلامهما فيكون مسلمًا قبل البلوغ، فإن كان النزاع في زمن ولادته فادعى أبوه أنه ولد بعد إسلامهما فالقول قول الأبوين مع إيمانهما؛ لأنا على يقين من حدوث ولادته وعلى شك من تقدمها، وإن كان النزاع في وقت إسلام الأبوين فادعى أبواه أنهما أسلما قبل ولادته وادعى ابناه أنهما أسلما بعد ولادته فالقول قول الابنين مع إيمانهما؛ لأن الأصل بقاؤهما على الكفر.

قال: **(وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ)** أي: مرض موته.

(سَالِمًا، وَأُخْرَى غَانِمًا وَكُلٌّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخُ تَقْدِيمٍ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ) أي: لمزية السبق.

وَإِنِ اتَّحَدَ أُقْرِعَ، وَإِنْ أَطْلَقَتَا قِيلَ يُقْرَعُ، وَفِي قَوْلٍ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ. قُلْتُ: الْمَذْهَبُ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(**وَإِنِ اتَّحَدَ أُقْرِعَ**) أي: لعدم المزية.

(**وَإِنْ أَطْلَقَتَا**) أي: أو إحداهما.

(**قِيلَ: يُقْرَعُ**) أي: لاحتمال الترتيب والمعية.

(**وَفِي قَوْلٍ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ**)؛ لأنا لو أقرعنا لم نأمن أن يخرج الرق على السابق وله حق الحرية فترق حرًا وتحرر رقيقًا، والخلاف طريقان.

وعبارة «المحرر»: قيل يقرع وقيل قولان إلى قوله، وقد رجح كلًا منهما طائفة من الأصحاب.

قال: (**قُلْتُ: الْمَذْهَبُ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) وهذا منه ظاهر في نقل طريقة قاطعة بما ذكره وأنها المذهب، وفيه نظر يعرف بما نورده في بسط المسألة فنقول وبالله التوفيق: من الأصول المقررة أن من أعتق في مرض موته عبدين كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم تجز الورثة عتقهما ينحصر العتق في الأول، وإن أعتقهما معًا أقرع بينهما للخبر الصحيح، ولو لم تعرف المعية ولا الترتيب أقرع بينهما أيضًا، ولو عرف سبق أحدهما ولم يعلم عين السابق فقولان: أحدهما: يقرع كما لو أعتقهما معًا؛ لأن معرفة السبق من غير أن يعرف السابق لا تفيد شيئًا، وثانيهما: يعتق من كل نصفه لأنا لا نأمن بالإقراع من إرقاق حر وتحرير رقيق، وكما لو أوصى لزيد بثلث ماله ولعمرو بثلثه ولم تجز الورثة؛ يقسم بينهما نصفين وصرح المصنف في أصل «الروضة» بأن أظهر الطريقين أنه يعتق من كل نصفه، ولم يقل الرافعي ذلك كما بينته في «الغنية» بل عزا ترجيح كل من القولين في «الشرحين» إلى طائفة، ثم قال تبعًا للبغوي: ولو عرف من سبق إعتاقه ببينة ثم اشتبه فطريقان: أحدهما: طرد القولين، والثاني: وهو ما أورده السرخسي أنه يعتق من كل واحدٍ نصفه، وهو الموافق لما هو الظاهر في مثل هذه الحالة من الجمعتين.

قلتُ: وقال القاضي الحسين إنه لا خلاف أنا إذا علمنا عين السابق،

....

ولكن نسيناه أنه يعتق من كل منهما نصفه، ولو علق عتق عبدين بموته أو أوصى بعتقهما ومات وكل واحد ثلثه أقرع سواء وقع التعليقان أو الوصيتان معًا أم مرتبًا؛ إذا عرف هذا عدنا إلى بسط مسألة الكتاب والحكم فيما إذا اختلف تاريخ البينتين أو اتحد ما سبق بالاتفاق، أما لو أطلقتا أو إحداهما.

قال الرافعي: ففي «التهذيب» أنه يقرع أيضًا لاحتمال الترتيب والمعية.

وقال جماعة منهم الإمام والغزالي: احتمال الترتيب أغلب وأقرب من احتمال المعية والسابق منهما غير معلوم، وإذا كان كذلك وتعارضت البينتان وأطلقنا عرفنا أن أحد العتقين سابق وإن لم نعرفه بعينه فيجيء القولان في أنه يقرع أو يعتق من كل نصفه، انتهى.

وصور جماعة المسألة بما إذا سبق أعتق أحدهما وأشكل عينه منهم الماوردي والفوراني وشبه القولين في «العمد» و«الإبانة» وغيرهما بمسألة الجمعتين والنكاحين، وقال ابن الرفعة إثر قول «التنبيه»: ولم يعلم الأول منهما أي: وتحقق أن أحدهما بعد الآخر ففيه قولان:

أحدهما: يعتق من كل نصفه، وعزا نص «المختصر» في باب الشهادة في الوصية ورجحه الروياني وغيره، وقال البندنيجي: إن أبا إسحاق وابن سريج قطعا به.

وثانيهما: تفريعًا بأن إتباع الجمع بينهما وعدم المزية في أحدهما فكان إكمال حرية أحدهما أولى تبعيضهما فيهما، وهذا نصه في «الأم» واختاره المزني وآخرون ومنهم من قطع به وحمل نص «المختصر» على ما إذا شهدت بالوصية بالعتق لا بتنجيزه، ومنهم من أجرى القولين في التنجيز والوصية ذكره القاضي الحسين وغيره، انتهى.

وانتصر القاضي أبو علي الفارقي لقول الإقراع، وقال: إنه الصحيح، قال: قول الآخر يخرج سهم الرق على السابق فيرق وهو حر ويعتق الآخر وهو رقيق لا يصح؛ لأنه إذا عتق من كل واحد نصفه فقد أعتق نصف الرق وأرق

وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ، وَوَصَّى بِعِتْقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ثَبَتَ لِغَانِمٍ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ لَمْ يَثْبُتْ الرُّجُوعُ فَيَعْتِقُ سَالِمٌ، وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ.

نصف الحر فما هرب منه وقع فيه فإنه كما لا يجوز أن يرق جميع الحر لا يجوز أن يرق بعضه وبل أولى من قيل إنه أرق في القسمة نصف الحر وأعتق نصف العبد، فإن كنا لا نعلم عينه وإذا أقرعنا لم نتبين أن الرق خرج على الحر والعتق خرج على العبد، فكان هذا أولى أن يصار إليه، ثم إن له أصلًا يرجع إليه وهو إذا عجز الثلث عن عتقهما، انتهى. وتبعه صاحب ابن أبي عصرون.

قال: **(وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ، وَوَصَّى بِعِتْقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ثَبَتَ لِغَانِمٍ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ لَمْ يَثْبُتْ الرُّجُوعُ فَيَعْتِقُ سَالِمٌ، وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ)** قال الرافعي رحمه الله: لا فرق في شهود العتق والوصية بين كونهم أجانب أو وارثين إلا أن الوارث قد يحز بشهادته نفعًا إلى نفسه فلا يقبل وإلا أن شهادة الوارث قد تتضمن إقرار المشهود به فيؤاخذ بها فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية وأوصى بعتق غانم وهو ثلث ماله أيضًا؛ قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الأولى وتثبت بها الوصية الثانية؛ لأنهما أثبتا للمرجوع عنه بدلًا يساويه فارتفعت التهمة ولا نظر إلى تبديل الولاء وقد يكون الثاني أهدى إلى الكسب، وجمع المال فإنه لا يتفق أخذ شيء بالولاء، ومجرد هذا الاحتمال لو أوجب رد الشهادة لما قبلت شهادة قريب لقريب يرثه، وعن أبي حنيفة ومالك أنه لا تقبل شهادتهما على الرجوع ويعتق العبدان معًا.

قلتُ: وما ذكره من قول شهادة الوارث في الرجوع، وهو ما نص عليه الشافعي في كتبه وجرى عليه الأصحاب قاطبة فيما أعلم، وتوقف فيه بعض أكابر المتأخرين بأن الأغراض تتعلق بالأعيان تعلقًا قويًا لا يمكن إنكاره فالتهمة متطرقة إلى شهادة الوارث بإبقاء الأول على ماله تطرقًا بينًا، وحينئذٍ ففي قبول شهادته بالرجوع عنه نظر، وقد أشار الرافعي من بعد إلى ذلك، وسيأتي إن شاء الله.

....

ثم ما سبق إذا كان الوارثان عدلين فإن كانا فاسقين؛ لم يثبت الرجوع بقولهما ويحكم بعتق سالم بشهادة الأجنبيين ويعتق من غانم قدر ما يحتمله الباقي من المال بعد سالم وهو ثلثاه وكان سالمًا هلك لو غصب من التركة، هذا ما أورده الرافعي.

وفي «الحاوي» الجزم ببطلان الوصية بعتق من شهد له الوارثان وأنه يرق جميعه ولا يلزمهما بالإقرار بعد رد شهادتهما بالفسق أن يعتقا من شهد له بالوصية؛ لأنه لا ينعقد العتق بالوصية حتى يعتق بعد الوصية، وليس يلزم أن يعتق بالوصية إلا ما احتمله الثلث، وقد استوعب الثلث بعتق من شهد له الأجنبيان فبطلت في غيره وإن أقر الوارثان، انتهى.

قال الرافعي: فإن قال الوارثان أوصى بعتق غانم ولم يتعرضا للرجوع عن وصية سالم؛ فالحكم كما مر فيما إذا كان رجال البينتين كلهم أجانب فالظاهر القرعة ويجيء فيه الخلاف السابق، وعبارة «الروضة» عن هذا فالحكم كما سبق فيما لو كانت البينتان أجانب والمذهب القرعة، وقيل: قولان: **ثانيهما**: يعتق من كل عبد نصفه، انتهى.

فأفهم كلامه هذا أن المذهب في المسألة السابقة في شهادة الأجانب القرعة وقد قال فيها في «المنهاج»: إن المذهب أنه يعتق من كل نصفه فادعى في أصل «الروضة» أنه الأظهر كما بيناه.

إشارة: سمى الرافعي من شهد له الورثة سالمًا ومن شهد له الأجنبيان غانمًا، وعبارة «المنهاج» على الضد فجرينا عليها والحكم واحد فلا يتوهم أن التعبير لا عن قصدٍ أو أنه مضر.

فروع: لو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض ووارثان أنه نجز عتق سالم وكل واحد منهما ثلث المال؛ نظر إن كذب الوارثان الأجنبيين، وقالا: لم يعتق غانمًا بل سالمًا عتقا معًا، أحدهما بالشهادة والثاني بإقرار الوارثين، فإن لم يكونا جائزين عتق منه حصتهما.

....

قال الرافعي: واستدرك بعض المتأخرين فقال قياس ما سبق ألا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم، وكان غانمًا غصب من التركة وهذا جيد وإن لم يكذباهما بل قالا أعتق سالمًا ولا ندري هل أعتق غانمًا أم لا؟ فإن كان الوارثان عدلين فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدين أجانب، وإن كانا فاسقين عتق غانم بالشهود، وأما سالم فقال الشيخ أبو حامد وتابعه كثيرون: يعتق منه نصفه إذا قلنا يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين.

قال ابن الصباغ: هذا سهو وصوابه أن يعتق خمساه، وذكر وجهه بطريق الجبر وساق الرافعي كلامه وأقره.

قال الرافعي بعدما سبق عن عبارته.

وعبارة «الروضة»: ولو كانت المسألة بحالتها ولكن غانمًا سدس المال؛ فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس فلا تقبل شهادتهما على الرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلًا، وفي الثاني الخلاف في تبعيض الشهادة.

فإن قلنا: لا تبعض وبه أجاب الشافعي في هذه الصورة ردت شهادتهما فيه أيضًا، ويعتق الأول بشهادة الأجنبيين، والباقي بإقرار الوارثين لاعترافهما باستحقاقه العتق، فإن لم يكونا جائزين عتق منه بقدر ما يستحقانه.

قلتُ: قال الدارمي: وفي تقويم حق غيرهما وجهان: أحدهما: قاله المروزي يقوم بمحتمل، انتهى.

وإن قلنا: يبعض؛ عتق نصف الأول وكل الثاني، وقيل: إن الرجوع المشهود به لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض لا يثبت في الباقي وتبقى الشهادة على الوصية؛ يعتق الثاني فيقرع بينهما على ما مرّ.

قال الرافعي: وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن في التركة وصية أخرى، فإن كان قد أوصى بثلث ماله لإنسان وقامت البينتان لغانم وسالم هكذا قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن الوصية بإعتاق سالم؛ لأن لهم رد الزيادة على الثلث فلا تهمة

....

عليهم في الشهادة بالرجوع، وإذا ثبت الرجوع بشهادتهم جعل الثلث أثلاثًا بين الموصى له بالثلث وبين عتق غانم فيعطى الموصى له ثلثي الثلث، ويعتق منه ثلثاه وهو ثلث الثلث هكذا ذكروه؛ لكن رد الزائد على الثلث لا يوجب حرمان بعض أرباب الوصايا؛ بل يوزع عليهم الثلث وقبول شهادة الرجوع يوجب إرقاق سالم وحرمانه من التبرع، وهو محل التهمة لتعلق الأغراض بأعيان العبيد والأموال؛ بل قبول شهادة الرجوع من الورثة وإن أثبتوا بدلًا مساويًا لا يصفوا عن الإشكال أنه قد يتعلق الغرض بإبقاء سالم وإن كان غانم مثله في القيمة، وإن كان الوارثان فاسقين عتق سالم بشهادة الأجنبيين وعتق غانم بإقرارهما وهو دون ثلث الباقي من المال بعد سالم، انتهى.

ولو كانت قيمة من شهد له الأجنبيان سدس المال وقيمة من شهد له الوارثان ثلث المال قبلت شهادتهما على الرجوع وعتق الثاني، فإن كانا فاسقين عتق الأول وعتق ثلث الباقي من المال بعد الأول وهو خمسة أسداس الثاني وكان الأول غصبًا، وقد أكثرت في «الغنية» من فروع العتق في هذا الموضع وتعارض بيانه وبينات الوصايا فراجعها إن أحببت.

فائدة: شهدا أنه أوصى بعتق غانم فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة وشهد آخران أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله ولم يجز الورثة إلا الثلث.

قال في «التهذيب»: يقرع بينهما فإن خرجت للأول رق الثاني ويغرم الراجعان قيمة الأول للورثة، وإن خرجت للثاني عتق ورق الأول ولا غرم على الراجعين؛ لأنهما لم يتلفاه إذا رققناه، قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعة وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة، هكذا نقلاه عنه وأقراه وحسنه ظاهر إن لم يمنع من وفاق.

ورأيت في «فتاوى القفال»: لو شهد أنه أعتق هذا وهو ثلث ماله فحكم بعتقه ثم رجعا وغرما القيمة ثم شهد آخران أنه أعتق عبدًا آخر يبلغ ثلث ماله؛ قال القفال: أصلها ما لو شهدا أنه أعتق عبدًا في مرض موته قيمته الثلث وشهد آخران لآخر مثله فهل يقرع أو يعتق من كل نصفه؟ وجهان إن أقرعنا فكذا هنا

فَصْلٌ

فإن خرجت على الثاني عتق دون الأول وترد الغرامة على الشهود، وإن خرجت للأول رق الثاني ولا ترد الغرامة وإن أعتقا من كل واحد نصفه رد على الشاهدين نصف الغرامة، انتهى.

فَصْلٌ

في دعوى الميراث من ادعى وراثة ميت وطلب تركته أو شيئًا منها فليتبين جهة الوراثة من بنوة أو أخوة وغيرها على ما سنوضحه، وعن السرخسي أنه لا يكفي لطالب التركة ذكر الجهة على المذهب؛ بل يتعرض مع الجهة فيقول أنا أخوه ووارثه، وإذا شهد عدلان خبيران بباطن حال الميت أن هذا ابنه لا نعرف له وارثًا سواه؛ دفعت إليه التركة وإن شهد لصاحب فرض دفع إليه فرضه ولا يطالبان بضمين؛ لأنه كالطعن في الشهود.

وحكى الفوراني أنه لا بدَّ هاهنا من شهود ثلاثة كما ذكره في شهادة الإفلاس، والمشهور الأول وما ذكره الفوراني محكي عمن تقدمه وأحسبه قول ابن خزيمة، ووافقه قليلون وهو شاذ وشبهته حتى يقول: «**أو قال: حَتَّى يَشْهَدَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ...**»[1] الحديث.

قال الفوراني في «العمد»: ولا تقبل هذه الشهادة إلا من أهل الخبرة الباطنة ولا تقبل من اثنين وهكذا شهادة الإعدام، وفي كل موضع كان نفي مجرد، وهذه الشهادة على العلم لا على البت، فإن شهدوا على البت تقبل ولا يقدح ذلك في عدالتهم.

وقال في «الإبانة»: يقول لا نعلم له وارثًا غيره، فإن قالوا: إنه لا وارث له سواه قيل تتهمون في مثل هذا فلا تقولوا مثل ذلك في مثله ولا يقدح هذا في شهادتهم، انتهى.

قال الرافعي: وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة أو كانوا من أهل الخبرة

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٧٧، رقم ١٥٩٥٧) ومسلم (٢/ ٧٢٢ رقم ١٠٤٤) وأبو داود (٢/ ١٢٠، رقم ١٦٤٠)، والنسائي (٥/ ٨٩، رقم ٢٥٨٠)، وابن حبان (٨/ ١٩٠، رقم ٣٣٩٦).

....

ولم يقولوا لا نعلم له وارثًا سواه؛ فالمشهود له إما أن يكون له سهم مقدر أو لا يكون إن لم يكن سهم مقدر فلا يعطى في الحال؛ بل يفحص القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها فيكتب إليها للاستكشاف أو يأمر من ينادي فيها: ألا إن فلانًا، أي: ابن فلان أو الفلاني، ويرفع في نسبه، قد مات فإن كان له وارث فليأت القاضي أو ليبعث إليه، فإذا تفحص مدة بحيث يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك لظهر ولم يظهر فحينئذٍ يدفع المال إليه ويكون البحث والتفحص قائمًا مقام خبرة الشهود.

وفي «أمالي» السرخسي حكاية قول إنه لا يدفع المال إليه بعد التفحص أيضًا، ويشترط قيام البينة على الفسق الذي سبق، وفيه وجه أنه لا يفرق بين أن يكون ممن لا يحجبه غيره كالابن فيدفع إليه والظاهر عند الأكثرين الأول.

قلتُ: وقضية إطلاق الفوراني وغيره أنه لا تقبل هذه الشهادة إلا ممن له خبرة باطنة بالميت، والله أعلم، وهل يؤخذ منه ضمين إذا دفع المال إليه؟ ظاهر نص «المختصر» أنه لا بد منه.

وقال في «الأم»: أحب إلي أن يؤخذ منه ضمين فاختلفوا على طريقين: أشهرهما: على قولين أحدهما: لا بد من الضمين، وأظهرهما: المنع اكتفاءً بالظاهر نعم هو مستحب.

والثانية: نفي الخلاف واختلف قائلوها فقطع فريق بنفي الوجوب وحملوا ما في «المختصر» على الاستحباب وحملهما آخرون على محملين فقيل حيث ذكر أنه لا بد منه أراد من يحجب كالأخ، وحيث ذكر الاستحباب أراد الابن ومن لا يحجب، وقيل: الأول محمول على من ليس بثقة موسر، والثاني على الثقة الموسر وجعل الماوردي الفرق بين الثقة وغيره طريقة، والفرق بين الموسر وغيره طريقة أخرى.

وقال الدارمي: إن كان أبناء ونحوه ففي أخذ الضمين وجهان، وإن كان عمًا أو أخًا ومن قد يرث وقد لا يرث؛ وجب وجهٌ واحدٌ.

....

قال الأصحاب: وإن كان ممن له سهم مقدر، فإن كان ممن لا يحجب دفع إليه أقل فرضه عائلًا، أي: قبل البحث والتفحص، فإنه مستقر فإن كان إما أعطيناها السدس عائلًا وإن كان زوجًا فالربع عائلًا، وإن كان زوجة فربع الثمن عائلًا ولم يعطوا ما زاد حتى يستكشف، وقد أوضحت ذلك في «الغنية» فإن حضر مع الزوجة ابن أعطيت ربع الثمن غير عامل؛ إذ لا عول مع الابن، ثم إذا بحث ولم يظهر غير المشهود له أعطي تمام حقه، وقيل: لا يعطى تمامه إلا أن تقوم بينة بخلاف الأخ، فإنه لو لم يعط شيئًا بعد البحث صار محرومًا بالكلية، والصحيح الأول، ولا يؤخذ بضمين للمتيقن، وفي أخذه للزيادة الخلاف، وإن كان ممن يحجب لم يعط شيئًا قبل البحث وبعده يعطى على الصحيح، وفيه الوجه المذكور فيمن لا سهم له مقدر، وهو ممن لا يحجب، ولو قال الشهود: هذا ابنه ولم يذكروا كونه وارثه، أطلق البغوي وإبراهيم المروزي وغيرهما لا يحكم بشهادتهم؛ لأنه قد لا يرثه.

وعبارة المروزي: لو مات واحد فجاء آخر وقال: أنا ابنه، لم يسمع ما لم يقل ووارثه المسألة، وجعل العراقيون هذه الصورة كما لو لم يكن الشهود من أهل الخبرة الباطنة أو كانوا ولم يقولوا لا وارث له سواه قالوا: وينزع المال من يد من هو في يده بهذه الشهادات ويدفع إليه بعد البحث المذكور، وحكوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الوراثة أنه لا يعطى شيئًا بعد البحث؛ لأن الابن لا يحجبه غيره فقرابته مورثة والأخ يحجبه غيره فقرابته غير مورثة بمجردها، وأجاب الإمام في الابن بما ذكره العراقيون، وحكى في الأخ وجهين فحصل فيهما وجهان.

فروع: قال إبراهيم المروزي: لو جاء رجل وقال: أنا ابن عم الميت لم تسمع دعواه ما لم يذكر أنه ابن عمه من قبل الأب والأم أو من قبل الأب، انتهى.

وذكر شريح الروياني أنه لو شهدوا عند القاضي بأن هذا أخو الميت، ولم يذكروا أنه لأبوين أو لأب أو لأم، أو أنه جده ولم يذكروا أنه لأب أو لأم لم

....

يقض القاضي به حتى يفسروه، وكذا لو شهدوا أنه مولى وأطلقوا وأنه لو أقام بينة أن فلانًا مات وترك هذا المدعي وارثًا لا نعلم له وارثًا غيره ولم يذكروا أنه ابنه أو أخوه، حكى جدي أنه لا يحكم بالإرث؛ لأنهم قد يورثونه من جهة لا يثبت بها الإرث.

قلت: وهذا المعنى مفقود فيما إذا كانوا فقهاء موافقين للقاضي في المذهب، وأنه لو شهدا أن فلانًا القاضي قضى أن هذا وارث فلان لا وارث له غيره، ولم يذكروا الوجه الذي قضى به؛ بل شهدا شهادة مجملة لم ينقض الحكم ويحمل على الصحة.

قلتُ: وهذا صحيح في القاضي الأهل للقضاء، وهو مرادهم وإنه لو شهدا أنه ابن الميت أو أخوه لأبويه وشهد آخران أنهما لا يعلمان له وارثًا غيره؛ حكم له بالمال وأنه لو أقام بينة أن هذه الدار ملك جده وقد ورثها وأقام الآخر البينة أنها كانت لجده وهو وارثه فالأولى أولى؛ لأن قولهم وقد ورثها شهادة بأنها ملكه وقولهم وأنه وارثه لا يقتضي ذلك لجواز أن يكون وارثه ولا يرثها، وذكر في موضع آخر أنهما لو شهدا على دار أنها كانت لفلان جد هذا المدعي مات وتركها ميراثًا؛ قال بعض أصحابنا: قبلت البينة وحكم بها لجده، ثم لا تدفع إلا بعد تفصيل الوارث وعدد الورثة، وأنه لو أقام بينة على ميراث رجل أنه مات يوم كذا فورثه وهو ابنه لا وارث له غيره، وأقامت امرأة بينة أنه تزوجها يوم كذا اليوم بعد ذلك اليوم، ثم مات بعده فإنه يؤخذ ببينة المرأة؛ لأنها زائدة مثبتة لأمر نفته البينة الأولى، وأنه لو شهد أنه مات ثم شهد شاهدان على حياته بعد ذلك فشهادة الحياة أولى، وقيل: يتعارضان، وأنه لو أقام بينة أن هذه الدار كانت لأبيه إلى أن مات، ولم يقولوا: مات وترك ميراثًا، فوجهان:

أحدهما: لا تجعل ميراثًا، ولا تتم الشهادة إلا أن يقولوا مات وتركها ميراثًا.

وثانيهما: تجعل ميراثًا؛ لأن الملك إذا ثبت إلى الموت لم يبق بعده إلا الإرث، انتهى وهذا أشبه.

....

وذكر الشيخان في «الفروع المنثورة»: أنه لو قامت بينة على أن هذا ابنه لا نعرف له وارثًا سواه وبينة لآخر أن هذا ابنه لا نعرف له وارثًا سواه ثبت نسبهما، فلعل كل واحدة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى، انتهى وقس بهذا ما في معناه.

فروع منثورة وفوائد مهمة من أبواب شتى:

أورد الرافعي بعضها وغيره بعضها، وربما وقع تكرار فيها فلا تمل من التطويل إن أردت الفائدة.

شهد اثنان أنه غصب كذا أو سرقه غدوة، وآخر أنه غصبه أو سرقه عشية تعارضتا ولغتا بخلاف ما لو شهد واحد هكذا وآخر هكذا حيث لم يحلف المدعي مع أحدهما ويقضي له؛ لأن الشاهد الواحد ليس بحجة حتى يفرض تعارض.

قلتُ: وفي هذه وجه سيأتي، ولم لا يقال لا تعارض في الأولى؛ لاحتمال استرجاع ما أخذ بكرة ثم غصبه أو سرقه عشية سيما إذا ادعى الملك ذلك عند إقامته البينة الثانية وكانت دعواه الأولى مطلقة لم يذكر فيها زمن الأخذ، وفي «أدب القضاء» لابن أبي الدم: إنه لو شهد شاهد أنه غصب دار فلان يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبها يوم الجمعة، أو شهد أحدهما أنه غصب داره بالكوفة وشهد آخر أنه غصب داره بالبصرة، لم يثبت الغصب لأنه شهادة على الفعل ولم يتفقا عليه، وقال الداركي: يثبت الغصب.

قال الشيخ أبو علي: وهذا غفلة منه، انتهى.

ولو شهد واحد أنه سرق منه مع طلوع الشمس كيسًا أبيض، وشهد آخر أنه سرق منه مع طلوع الشمس ذلك اليوم كيسًا أسود.

قال الماوردي: اختلف أصحابنا هل يكون ذلك تعارضًا يوجب سقوطهما كالبينتين الكاملتين؟ على وجهين:

أحدهما: نعم، فليس له أن يحلف مع واحد منهما.

....

والثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: لا تعارض؛ لأنه يكون في البينة الكاملة لا الناقصة، فعلى هذا لو كان الاختلاف في السرقة المعينة في زمانين حلف مع أيهما شاء واستحق كيسًا واحدًا، وإن كان الاختلاف في الزمن المعين في سرقتين كان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويأخذ كيسين شهدا أنه سرق منه كيسًا غدوة وشهد آخران أنه سرق منه كيسًا عشية ثبت له كيسان، ولو شهد واحد أنه سرق منه كيسًا آخر أنه سرق منه كيسين ثبت له كيس واحد بشهادتهما ويحلف مع الآخر ويستحق كيسًا ثانيًا، ذكره القاضي أبو الطيب، قال: ونص الشافعي على مثل هذا المقال لو شهد لرجل على رجل بألف درهم وشهد له آخران بألف وخمس مائة ثبت له ألف بشهادتهما، ويحلف مع شاهده الثاني ويستحق خمس مائة، قال ابن أبي الدم: وهكذا ذكره الشيخ أبو علي وفيهما خلاف، لكنه قال: هذا إذا أطلقا أو أضيفا إلى جهة واحدة، فأما إذا أضيفا إلى جهتين فهما شهادتان مختلفتان فلا تثبت واحدة منهما، بل له أن يحلف مع كل واحدة منهما وله أن يحلف مع أيتهما شاء، انتهى.

شهد شاهد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار وثبت الأقل وللمدعي أن يحلف مع الآخر كذا جزم به الرافعي، وفي «النهاية» في آخر باب الشهادة على الوصية: أنه لو شهد شاهد للمدعي أن المدعى عليه أخذ منه ثوبًا قيمته دينار، وشهد آخر أنه أخذ منه ذلك الثوب وقيمته نصف دينار، فأراد المدعي أن يحلف مع شاهد الدينار هل له أن يحلف ويثبت بشاهد ويمين؟ فيه وجهان في «التقريب»:

أحدهما: بلى كما لو شهد أحدهما أنه أخذ منه دينارًا وشهد آخر أنه أخذ منه نصف دينار، فإن له أن يحلف مع شاهد والدينار ويأخذه كاملًا.

والثاني: لا؛ لأن الشاهدين اختلفا في القيمة واتفقا على ثوب واحد؛ فتناقض قولهما فضعفت شهادة الشاهد بالدينار، فلم تصلح لتقوية جنبة المدعي بخلاف الصورة المستشهد بها فإنه لا تعارض فيها، وفي «الحاوي»: إنه لو شهد واحد أن قيمة الثوب المسروق ربع دينار، وآخر أن قيمته سدس دينار فقد

....

اتفقا على السدس، وفي الزيادة وجهان:

أحدهما: يسقط قول من أثبتها بقول من نفاها، ويمنع المدعي أن يحلف مع الشاهد بها كما لو أثبتها شاهدان ونفاها شاهدان.

والثاني: لا يسقط قول من أثبتها بذلك وللمدعي أن يحلف مع شاهده بأنه يستحقها، انتهى.

وهذا مفرع على أن القيمة تثبت بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين كما حكاه الديلمي عن أبي إسحاق ورجحه، وإن قلنا: لا يثبت بذلك كما نقله عن ابن أبي هريرة فلا يحلف قطعًا، قال ابن أبي الدم: واختلف الأصحاب، هل القيمة وصف قائم بألفين، أو هي ما تنتهي إليه رغبات الراغبين في ابتياعها به في ذلك الوقت؟ والأظهر: الثاني، انتهى.

وأنه لو شهد واحد أنه باعه هذا العبد بألف، وشهد آخر أنه باعه إياه في ذلك الزمن بألفين ففي تعارضهما وجهان كما مضى، ثانيهما: لا، ويحلف المدعي مع شاهد الألفين.

فَرْعٌ: ذكر الرافعي أنه لو شهد اثنان على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار، وشهد آخران على أنه أتلف ذلك الثوب وقيمته ثمن دينار ثبت الأقل؛ لأنه المتفق عليه وتعارضا في الزيادة، وحكى شريح الروياني الأخذ بالأقل عن أبي إسحاق، ثم وقيل يؤخذ بالأكثر، وفي كتاب السرقة من «شرح كفاية» الصيمري: إنه يغرم أو في القيمتين، وقيل: أقلهما.

قلت: وهو المشهور.

قال الروياني خلافًا لأبي حنيفة: نعم، قال الإمام في باب الشهادة على الحد أن هذا الحكم فيما لو اتفقوا على الصفات، وصرحوا بأنه لم يستقل واحدٌ بمعرفة صفة لم يدركها الآخر، وردوا النزاع إلى القيمة نفسها فلا يجب عندنا إلا الأقل حملًا على براءة الذمة.

فَرْعٌ: قال الرافعي: ولو شهدا أن وزن الذهب الذي أتلفه دينار، وآخران

....

على أن وزنه نصف دينار ثبت الدينار؛ لأن مع الشاهدين به زيادة علم بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدركها الاجتهاد، وقد يقف شاهد القليل على عينه، انتهى.

وادعى القاضي الحسين والبغوي الاتفاق على ذلك، وفي التعارض احتمال ظاهر؛ لأن قطع البينة بأن وزنه نصف دينار لا يكون إلا عن إحاطة بوزنه معاينة، وذلك يتضمن تكذيب الأخرى فيما يظهر، فإذا أقام المدعي بينة أن زنته دينار فأقام المدعى عليه بينة أنها كانت نصف دينار، فالتعارض ظاهر مع ضميمة براءة الذمة، وقياس ما ذكروه أنه لو أقام بينة بعدد لمعدود وزرع لمزروع موصوف فعارضه المدعى عليه ببينة شاهدة بأنه أنقص من ذلك كنصفه مثلًا أنه يؤخذ ببينة المدعي، ولا يخفى ما في هذا إن كان الغرض في معارضة المدعى عليه لبينة المدعي.

فَصْلٌ في تلفيق الشهادات واختلاف الشهود:

وقد أهمله المصنف وهو من المهمات، وقد ذكرنا منه طرفًا قريبًا ونزيد ما تيسر، فنقول: إذا شهد شاهد أنه قتل زيدًا غدوة وآخر أنه قتله عشية، أو أنه قتله يوم الخميس وآخر أنه قتله يوم الجمعة، أو أنه قتله بالكوفة وشهد آخر أنه قتله بالبصرة مثلًا فلا تلفيق وكذلك حكم القذف، أما لو شهد شاهد أنه أقر غدوة أنه قتل زيدًا أو قذفه، وشهد آخر أنه أقر عشية بذلك، أو أنه أقر به يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر به يوم الجمعة جمع بينهما وثبت القتل والقذف؛ لأن اختلاف تاريخ الإقرار لا يوجب اختلاف المقر به بخلاف اختلاف وقت الفعل، ومثل هذا لو شهد واحد أنه أقر غدوة أنه سرق كيسًا وآخر أنه أقر عشية أنه سرقه تلفقتا وثبت القطع والمال، ولو شهد شاهد أنه أقر أنه قتله يوم الخميس وشهد آخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة ففي الحكم بشهادتهما وتلفقها وجهان ذكرهما الإصطخري، ومثل ذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالعربية أنه قذف فلانًا بالعربية، وشهد آخر أنه أقر عنده أنه قذفه بذلك بالفارسية تلفقتا، وثبت القذف فلو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذف فلانًا بالعربية وشهد

....

آخر أنه أقر أنه قذفه بالفارسية، ففي الحكم بهذه الشهادة الوجهان هذا ما ذكره الشيخ أبو علي، وقال الماوردي: إذا شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية، وقال آخر قذفه بالفارسية لم تلفق الشهادتان إن كانت على سماع القذف، وإن كانت على إقراره أنه أقر عند أحدهما أنه قذفه بالعربية وأقر عند الآخر أنه قذفه بالفارسية ذكر الإصطخري وجهين:

أحدهما: أنهما قذفا لا تتم الشهادة بواحد منهما.

والثاني: أن الشهادة كاملة، قال الماوردي: ولا أجد للفرق بينهما وجهًا، وقال الإمام: إذا شهد أنه قذفه بالعربية وشهد آخر أنه قذفه بالعجمية أو أنه قذفه يوم السبت وآخر أنه قذفه يوم الأحد لم تلفقا، ولو شهد واحد أنه أقر بالعربية أنه قذفه وشهد آخر أنه أقر بالعجمية أنه قذفه لفقتا، ولو شهد واحد أنه طلق يوم السبت طلقة وآخر أنه طلق يوم الأحد طلقة لم تلفقا، نص عليه الشافعي، وقال: إذا شهد واحد على إقراره بالغصب يوم السبت والتاريخ للإقرار لا للغصب، وشهد آخر على إقراره بالغصب يوم الأحد والتاريخ للإقرار لا للغصب.

قال الشافعي: ثبت المقر به، وقال صاحب «التقريب»: من أصحابنا من جعل هاتين المسألتين على قولين، وفي الطلاقين قال الإمام: أما الخلاف في الإقرارين فبعيد جدًّا من جهة النقل ولكنه متجه في القياس، وأما الخلاف في الطلاقين ففي نهاية البعد نقلًا وتعليلًا.

ونقل الرافعي ذلك عن رواية الإمام في كتاب الطلاق، قال: ويجري التخريج على ضعفه في سائر الإنشاءات وفي الأفعال كالقتل والقبض وغيرهما، والمذهب الأول حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت بالعربية والآخر أنه قذف يوم الأحد بالعجمية لم يثبت بذلك شيء، ولو شهد أحدهما على إقراره أنه يوم السبت قذفه أو قذفه بالعربية والآخر على إقراره أنه يوم الأحد قذفه أو قذفه بالعجمية لم تلفق أيضًا؛ لأن المقر به شيئان مختلفان هذا ما في «الروضة» هناك، وقال الإمام بعد هذا: أما مسألة ما إذا شهد واحد أنه أقر أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفه بالعجمية فقد حكينا أن

....

الأصحاب قالوا تتلفق الشهادتان وهو مستحيل جدًّا؛ لأنه المقر به مختلف كما لو شهد واحدٌ أنه قذفه بالعربية وآخر أنه قذفه بالعجمية لم تلفق، وحكى القاضي الحسين ما حكيناه عن الأصحاب ثم قال: في قلبي غصص من هذه المسألة والوجه أنه لا يثبت القذف ولا تتلفق الشهادتان.

قال الإمام: والأمر على ما ذكره وكان شيخي لا يحكي إلا ما ارتضاه القاضي ويقطع به فيقطع بأن القذف لا يثبت هكذا أورد ذلك ابن أبي الدم نوعًا آخر شهد شاهد أنه غصب منه هذا وآخر أنه أقر بعضه، أو شهد أحدهما أنه ملك المدعي والآخر أن المدعى عليه أقر له بالملك لم تلفق فيهما.

وذكر ابن الرفعة: أن الإمام حكى في كتاب الإقرار وجهًا أنه تلفق في الثانية وهو بعيد، فإن صحّ فيظهر طرده في الأولى ولو شهد أحدهما أنه طلق زوجته والآخر أنه أقر بطلاقها، أو أنه قبل عقد نكاح فلانة والآخر أنه أقر بقبوله، أو واحد بالبيع والآخر بالإقرار به، أو أنه شجه والآخر أنه أقر به، أو أنه وكله وآخر أنه أقر أنه وكله لم تتلفقا، والضابط أن يشهد أحدهما بعقد أو إنشاء والآخر بإقرار وإنما تلفق إذا اتفقا على ذكر عقد أو ذكر إقراره.

وفي «الإشراف»: إنه لو شهد واحد أنه أقر يوم السبت بدين وشهد آخر أنه أقر يوم الأحد بدين جمع بين الشهادتين؛ لأن الأخبار تتكرر مع اتحاد المخبر عنه، وللمزني تخريج لا يحكى وفي نسخة لا يقوى، انتهى، وهذا غريب.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: لو شهد واحد بالبيع والآخر بالإقرار به لم يقبل فلو رجع شاهد الإقرار وشهد بالبيع قبل؛ لأنه يجوز أن يحضر الأمرين إذ ليس فيه تكذيب لنفسه، وكذا لو رجع شاهد البيع إلى الإقرار به؛ قبل سواء كان في ذلك المجلس أم في مجلس آخر.

قلت: ولا خفاء أن ما ذكره يأتي في سائر العقود وأن موضعه إذا لم يكن الأداء اقتضى أنه إنما تحمل كذلك لا غير، وأكثر العامة لا تفرق بين التحمل على العقد أو على الإقرار به؛ فينبغي للحاكم أن يستفسر الراجع المؤدى عكس

....

ما أداه أولًا؛ ليظهر له الصواب ويزول الارتياب.

فَرْعٌ: شهد واحد أنه جعل فلانًا وكيلًا له في هذه الخصومة وشهد آخر أنه جعله وصيًا له في هذه الخصومة في حياته، أو قال أحدهما: وكله بقبض هذا المال.

وقال الآخر: سلطه على قبضه، قال ابن القاص تخريجًا: إن كانت شهادتهما على الإقرار ثبتت الوكالة أو على العقد لم تثبت.

وقال الهروي: إذا شهد واحد أنه قال: أنت وكيلي في كذا، وشهد آخر أنه قال: أنت وصيي في حال الحياة حيث صححنا الوكالة بهذا اللفظ على المذهب الظاهر لم تلفق الشهادتان لاختلاف اللفظين، فإن شهد أحدهما أنه قال: وكلتك بكذا والآخر أنه أذن له في التصرف فيه لفق بينهما؛ لأن أحدهما نقل اللفظ والآخر شهد بالمعنى، وكذا إذا شهد أحدهما أنه وكله بكذا وشهد الآخر أنه سلطه عليه أو فوض إليه ذلك؛ لأن النقل بالمعنى كالنقل على اللفظ، ولو شهد أحدهما أنه قال: وكلتك بكذا، وشهد الآخر أنه قال: فوضته إليك، قال الرافعي: لم يثبت، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع، والآخر أنه وكله بالبيع وقبض الثمن ثبت البيع.

قال أبو سعد الهروي: فإن شهد واحد أنه وكله ببيع هذا العبد وشهد آخر أنه وكله ببيعه مع فلان لم يجمع بينهما، وإن شهد واحد بأنه وكله ببيع هذا العبد وشهد آخر أنه وكله ببيع هذا العبد وجارية معه جمع بين الشهادتين في بيع العبد، هكذا ذكره العبادي.

قال أبو سعد: وهذه المسألة غريبة، ولعله اعتمد في الفرق على جواز بيع العبد في صفقة عن بيع الجارية بخلاف الوكيلين في البيع، فإنه يشترط اجتماعهما على البيع؛ لأن رأي الاثنين أرشد من رأي الواحد لكن جرت عادة التجار بضم الأمتعة الخسيسة إلى النفيسة في الصفة الواحدة، وإذا قال: بع هذا العبد مع هذه الجارية فإن قال: أردت بيعهما في صفقة، فعلى ما أراده،

....

وإن قال: لم أرده بل أردت بكلمة مع أن يكون العبد مبيعًا كما الجارية مبيعة، فعلى ما أراد ولا فرق بين الصفقتين والصفقة، وإن لم يرد شيئًا بل أطلق فظاهر ما حكاه العبادي أنه لا فرق بين الصفقة الواحدة والصفقتين، ووجهه أن إجراء الكلام على العموم أولى إذ فيه تكثير الفائدة، وقد أشرت إلى احتمال وجه آخر أنه يشترط جمعهما في صفقة واحدة؛ لأن الظاهر من كلمة مع الضم والجمع ولأن عادة التجار ضم الخسيس إلى النفيس في عقدة واحدة؛ لأن الرديء لو انفرد عن الجيد لم يرغب فيه على الانفراد، انتهى وما قاله حسن.

لو شهد واحد أنه جعله وكيلًا في الخصومة عند قاضي الكوفة وآخر أنه جعله فيها عند قاضي البصرة لم تثبت الوكالة خلافًا لأبي حنيفة، قاله ابن سريج.

فَرْعٌ: ادعى ألفًا فشهد واحد على إقراره له بألف وآخر أن له ألفًا، وقد قضاه سقطت شهادته للتناقض، فيحلف مع الأول ويستحق، قال ابن الرفعة: ويجيء فيه وجه آخر لأن في «البحر» أنه لو شهد اثنان أن زيدًا وكل عمر في كذا، ولكن نعلم رجوعه عن وكالته، قال الصيمري: فيه جوابان:

أحدهما: لا تسمع الشهادة.

والثاني: تسمع بالوكالة، فإن ادعى مدعٍ الرجوع فحينئذ تسمع شهادتهم، وحكى الإمام: إنه لو شهد أحدهما أنه أقرَّ له بألف لكن قضاه، فوجهان ذكرهما الصيدلاني وغيره:

أحدهما: أن الحكم كذلك.

والثاني: أن الألف تثبت بالشاهدين فإن أراد الخصم أن يسقط الألف عن نفسه فليحلف مع الشاهد مع القضاء، ولو ادعى ألفًا فشهد شاهد أنه أقر له بألف وآخر أنه أقر له بألف ولكن قضاه خمس مائة، والمدعي ينكر القبض فوجهان المذهب منهما: في «تعليق القاضي الحسين» ثبوت خمس مائة كما لو شهد أحدهما بألف، والثاني بألف وخمس مائة، والثاني: لم يثبت شيء؛ لأنهما لم يتفقا على ما يدعيه، هكذا أورده ابن الرفعة.

....

وذكر الرافعي هذه الصور فقال: ادعى عليه دينًا وشهد به شاهدان؛ لكن ذكر أحدهما موصولًا بشهادته أنه قضاه أو أن المستحق أبرأه فشهادته باطلة للتضاد وإن ذكره مفصولًا عن الشهادة، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء أو الإبراء، وإن كان قبل الحكم سئل متى قضاه؟ فإن قال: قبل أن شهدت، فكذلك الجواب عند ابن القاص، وذكر فيما إذا شهدا على إقراره بالدين ثم عاد أحدهما وقال: إنه قضاه أو أبرأه المستحق بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل، بل يقضى بالدين ويؤخذ إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء أو الإبراء، والفرق أن هناك شهد على نفس الحق والقضاء والإبراء ينافيانه فبطلت الشهادة.

وعن أبي زيد وجه أن شهادته على نفس الحق لا تبطل، والظاهر الفرق ويقرب من هذا الخلاف فيما إذا ادعى عليه ألفًا فشهدا له بألف مؤجل، ولكن قال أحدهما قضى منه خمسمائة ففي وجه لا تصح شهادتهما إلا في خمسمائة، نعم للمدعي أن يحلف للخمسمائة الأخرى مع الشاهد الآخر، وفي وجه تصح شهادتهما على ألف وللمدعى عليه أن يحلف مع شاهد القضاء، وذكر الفوراني وجهًا أنه لا يثبت بشهادتهما شيء؛ لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه ويقرب من الخلاف قولان لابن سريج فيما إذا شهد اثنان أن فلانًا وكل فلانًا، ثم عاد أحدهما وقال: إنه عزله بعد أن شهدت، ففي قول تبطل شهادته، وفي قول قد تمت شهادة الوكالة فيعمل بها والعزل لا يثبت بواحد، انتهى.

قلت: وأحسبني قدمت في هذا الفرع كلامًا آخر، ووقع في «الروضة» هنا خلل يدرك بالمراجعة، ولم يذكروا رد الشهادة بالمبادرة بالأداء والإبراء على رأي كما ذكروه فيما لو شهد بأكثر من المدعي أنه يصير مجروحًا بذلك، وإذا قلنا يصير، فالظاهر أنه لا بد من دعوى المدعى عليه ذلك، وإعادة الشاهد الشهادة بالقضاء المذكور الإبراء كما يوهمه الإطلاق السابق من أنه يحلف معه من غير إعادة الشهادة، وذكرت في «الغنية» فروعًا غير هذه يطول ذكرها.

....

فَصْلٌ

ادعى عبدًا في يد رجل وأقام بينة أنه ولد أمته؛ لم يقض له به فقد تلده قبل أن يملكها فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه؛ نص الشافعي رضي الله عنه أنه يقضي لها بهذه البينة.

قال الرافعي: لكنها شهادة بملك سابق، وهذا الملك يوم الولادة وقد سبق أن البينة على أنه كان في ملكه لا يقضى بها في أصح القولين، وخرج ابن سريج قولًا هاهنا أيضًا وامتنع سائر الأصحاب منه، وفرقوا بأن النماء تابع للأصل، فإذا تعرضت البينة لملك الأصل تبعه النماء في الملك، ألا ترى أنه إذا قامت البينة على ملك الشيء منذ سنة يأخذه المدعي مع زوائده في السنة وهناك الشهادة على الأصل فاعتبر التعرض للملك في الحال.

قال: لكن في صورة الاستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال وأرخت الملك وليس قولهم ولدته في ملكه إثبات ملك الأصل في الحال، انتهى.

قلت: وأيضًا فالظاهر المراد بقولهم: ولدته في ملكه؛ أنه ملكه وحينئذٍ فكيف يجعل تابعًا وهو الخصم المدعي المشهود به؟ وإن أريد أن الأم ولدته وهي في ملكه من غير تعرض لملكيته هو ففيه وقفة أيضًا، من جهة أنه لا يلزم من ذلك أن يكون ملكًا له لجواز انعقاده حرًا من وطء شبهة، أو أن مورثه أوصى به حال اجتنابه وإن أريد أنهم شهدوا بأنها ولدته على ملكه، فهذا واضح لا يحتمل التخريج، لكن اللفظ محتمل وليس فيه تنصيص على ذلك كذا مر ببالي، فتأمله!

قال الرافعي: ولو شهدوا أن الشاة نتجت في ملكه، وهذه الثمرة حصلت من شجرته في ملكه فهو كقولهم: ولدته أمته في ملكه وشهدوا أن يقولوا هذا نتاج شاته، أو ثمرة شجرته ولو شهدوا أن هذا الغزل من قطنه، أو الفرخ من بيضه، أو الدقيق من حنطته، أو الخبز من دقيقه كفى؛ لأن ذلك عين ملكه

....

تغيرت صفته بخلاف الجارية وثمرة الشجرة، انتهى.

وقال شريح بعد ذكره صورة الغزل عن النص: قال بعض أصحابنا: فيه أيضًا قولان. وحكى ذلك عن ابن سريج، وكذا لو شهدوا أن هذا الزرع من بذر فلان، انتهى.

وقال بعد نقله الطريقين السابقين عن ابن سريج والجمهور: وقيل ترد إلى يده في الدار والنماء جميعًا ويحكم بها، وأشار بذلك إلى نقل طريقة قاطعة فيما خرج منه ابن سريج إلى هذه المسألة وأنهما سواء.

وفي «الحاوي» بعد ذكره النص في القطن والغزل: وهكذا التحول في نظائره كهذا الدقيق من حنطته أو هذه الدراهم أو الدنانير من ذهبه وفضته، وهذه النخلة من نواته وهذا الزرع من بذره، كانت شهادة له بملك ذلك سواء كان يعمل صاحب اليد وبغير عمله خلافًا لأبي حنيفة، نعم لو شهدوا أن هذا الزرع من ضيعته لم تكن شهادة له بملك الزرع؛ لأنه يجوز أن يكون زرع أرضه لغيره، وهذا مما اتفقنا نحن وأبو حنيفة عليه.

فإن قيل: أفتكون هذه شهادة له باليد على الزرع؟ نظر إن لم يقولوا فيها، وهي على ملكه لم تكن شهادة باليد لجواز زرعه فيها وحصاده قبل ملكه، وإن قالوا: زرع وحصد وهي في ملكه وكانت شهادته له بيد متقدمة، فتكون عند البويطي وابن سريج على قولين كالشهادة بالملك القديم، والذي عليه عامة أصحابنا أنه لا يحكم له باليد قولًا واحدًا ولا يحلف المدعى عليه؛ بل القول قول ذي اليد بيمينه، فإن أقام صاحب الأرض بينة بأداء خراجه أو بدفع عشره لم يملكه؛ لأنه قد ينوب في أدائه عن مالكه، انتهى. أي فلا يكون ذلك مرجحًا لجانبه.

فَرْعٌ: قال الماوردي: إذا كان في يد كل واحد جارية فادعى كل واحد منهما أن التي بيد صاحبه بنت أمته التي في يده ولدت في ملكه وأقام بينة بذلك مع احتمال أن تكون كل واحدة بنتًا للأخرى؛ تعارضت البينتان في الولادة دون

....

الملك فيحكم لكل واحد منهما ببينته ويعطى الجارية التي بيد خصمه، نعم؛ لو ادعى كل واحد منهما أنه يملك الجارية التي بيده والتي بيد صاحبه وأنها بنت التي بيده وأقاما البينتين على ذلك تعارضتا إلى الولادة والملك جميعًا، فتأتي أقوال التعارض، فإن زال الاشتباه في سن الجاريتين بأن بان صغر سن إحديهما وكبر الأخرى؛ تعين كذب إحدى البينتين في الولادة فردت شهادتها وحكم بشهادة الأخرى في الولادة والملك فزال به حكم التعارض، انتهى.

فروع: سبق عن «روضة» شريح و«إشراف» الهروي أنه لو أقام بينة على أنه عبده وأقام المجهول بينة على أنه حر؛ قال أصحابنا: بينة الحرية أولى.

وقال الشيخ أبو حامد: بينة الرق أولى، وبه جزم البغوي وغيره وجرى عليه الرافعي؛ لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق، وعندي يجب استفسارها سيما إذا كانت غيبة، أفتى ابن الصلاح أن بينة السفه حالة الإقرار والتصرف مقدمة على بينة الرشد حينئذٍ.

قلت: ويشبه أن يقال: إن علم تقدم سفهه قدمت بينة الرشد؛ لأنها نافلة بخلاف ما لو علم رشده من قبل فتكون مستصحبة فتقدم عليها بينة السفه؛ لما ذكرناه وإن جهل حاله فيما سلف فبينة السفه أولى كما تقدم الجارحة على المعدلة، والله أعلم.

وأنه لو تكررت بينتا إعسار وملأة كلما شهدت إحداهما جاءت الأخرى في الحال فشهدت أنه على الضد مما شهدت به الأولى، فإنه يعمل بالمتأخرة منهما، وإن تكررت ما لم ينشأ من تكررها ريبة ولا تكاد بينة الإعسار تخلو عن الريبة إذا تكررت؛ لأن قبولها منحصر الجهة في تقرير إثباتها وطرآن الإعسار بعد الملأة؛ لأنه على تقدير معارضتها ببينة الملأة المناقضة في وقت واحد لا تقبل لترجيح بينة الملأة حينئذٍ، وليس هذا كبينة الملأة فإنها مقبولة على التقديرين ومعمول بها وإن كان ما يشهد به ملأة مستمرة من غير تجدد وطرآن وعند هذا فإذا تكررت بينة الإعسار فقد أثبتت تعاقب ملأة وإعسارات؛ وذلك بعيد ولا يكاد ينفك عن الريبة، انتهى.

....

وهو كلام مظلم في «فتاوى» القاضي الحسين أنه لو أقام بينة أنه أقر له بكذا يوم الجمعة غرة شهر رمضان سنة كذا فأقام المدعى عليه بينة على جنونه في ذلك الوقت فبينته أولى؛ لأن عندها زيادة علم وهو حدوث الجنون.

وفي «فتاوى» البغوي: أنهما لو شهدا على إقرار زيد لعمرو بمال في مكان كذا في يوم كذا، وهو صحيح العقل وشهد آخران أن زيدًا كان مجنونًا في ذلك اليوم وإقراره كان في جنونه؛ قال: إن لم يعرف له جنون سابق فبينة الجنون أولى؛ لأن معها زيادة علم، وإن كان يجن أحيانًا ويفيق أحيانًا وعرف ذلك منه فالبينتان متقابلتان.

وفي «فتاوى» القفال: أنهما لو شهدا أنه وهب هذا من فلان يوم كذا، وهو صحيح وشهد آخران أنه وهب يومئذٍ وهو مريض مرض الموت؛ فبينة المرض أولى، سبق أنه لو وهب وأقبض ثم مات فادعى الوارث كون ذلك في المرض وقال المتهب: بل في الصحة، قال المصنف: فالمختار أن القول قول المتهب.

وقال الماوردي: القول قول الوارث بيمينه؛ لأن الأصل عدم اللزوم، والظاهر أنهما لو أقاما البينة قدمت بينة الوارث لزيادة علمها.

وفي «فتاوى» القفال: أنه لو وهبه عبدًا في مرضه ثم مات فقال الوارث: مات من ذلك المرض، وقال المتهب: بل اندمل ثم مرض بعد ذلك ثم مات.

قال القفال: فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ المَرَضُ مَخُوفًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ، وإن كان غير مخوف فالقول قول المتهب، انتهى.

فائدة: أفتى المصنف وغيره من معاصريه من الشافعية وغيرهم بأن بينة المرض مقدمة كما أجاب به القفال وغيره وخطأهم الشيخ تاج الدين الفزاري، واعتل بأن أصل أصحابنا يقتضي تقديم بينة الصحة؛ لأن الغالب على البائن الصحة فعند تعارض الشهادتين تقدم البينة التي جاءت على وفق الأصل وغالب الحال، فقيل له: هلا قدمت بينة المرض كبينة الجرح، فقال أصل أصحابنا أن البينة التي شهدت بما يقتضيه الظاهر تقدم؛ ولهذا قدمت بينة الداخل على

....

الخارج عندنا وإنما قدمت بينة الجرح؛ لأنها مفسرة والعدالة أمر مظنون والشهادة على السبب مقدمة على الشهادة المطلقة، وأما بينة المرض والصحة فهما بينتان تشهدان على سبب كل واحدة منهما يرجع إلى حال مشاهدة فعند التعارض تقدم التي شاهدها الظاهر، انتهى.

والمنقول وقضية كلام الأصحاب الأول؛ لأن مع بينة المرض زيادة علم، والظاهر أن بينة الصحة مستصحبة والنافلة مقدمة عليها، وإذا راجعت ما قدمناه هنا وفي «الغنية» من الباب علمت أن الصواب المنطبق على كلام الأصحاب ما أفتى به المصنف وموافقوه.

فَصْلٌ

ملخص من «إشراف» الهروي على طوله ادعى إبقاء الدين وأقام شاهدًا على أن رب الدين استوفاه منه وآخر على أنه أبرأه منه لم تلفق بينهما، وكذا لو شهد الثاني أنه وهب الدين منه أو تصدق بالدين عليه أو شهد واحد أنه استوفاه منه، وآخر أنه أقر باستيفائه منه وإن شهد واحد أن رب المال استوفاه منه وآخر أنه أقر باستيفائه منه، وإن شهد واحد أن رب الدين استوفاه منه وآخر أن الغريم بريء منه وإليه، أي: بريء من الدين إلى رب الدين.

قال العبادي: يجمع بينهما؛ لأنه أضاف البراءة إلى الغريم كأنه عبارة عن فعل الإبقاء والإقباض، ألا ترى أنه لو قال رب الدين: برأ الغريم منه إلي؛ فهو إقرار بالقبض واختلاف العبارتين لا يمنع التلفيق.

كما لو شهد واحد أنه قبضه وآخر أنه استوفاه أو تسلمه؛ فإن شهد أنه استوفاه وشهد آخر أنه أبرأه منه، وقال: أردت به العبارة عن الاستيفاء، أي: أبرأه بفعل الاستيفاء يلفق بين الشهادتين، وإن قال: أردت به الإسقاط القولي فلا يلفق، وإن أطلق إطلاقًا فمطلقه في العرف الإسقاط فلا يلفق، وإن ادعى الغريم الإيفاء وشهد اثنان على وقوع البراءة ولم يتعرضا للإبراء ولا للقبض.

قال العبادي: قبلت الشهادة؛ لأنه لما ادعى الإيفاء فقد ادعى البراءة؛

....

فكأنه ادعى شيئين فشهدا له بأحدهما كمن ادعى ألفًا وخمسمائة فشهدا بألف، قال أبو سعد: يجب ألا تقبل هذه الشهادة لمعنيين:

أحدهما: أن أسباب البراءة مختلف فيها بين العلماء وكذلك ألفاظ الإبراء وشرائطه فربما جرى سبب لو عرض على القاضي لم يره موقعًا للبراءة، والشاهد اعتقده موقعًا لها فهو كما لو شهد على استحقاق الشفعة من غير بيان سبب الاستحقاق.

والثاني: أن أحد الشاهدين ربما عرف الإبراء والثاني الاستيفاء، ولو أفصحا بالأمر لم يتجمع بين شهادتيهما فقد لاعن التصريح بالسبب ليجمع بين شهادتيهما.

قال: وذكر المصنف ـ يعني أبا عاصم العبادي ـ أنه لو شهد شاهد على الاستيفاء وآخر على الإبراء مرتين وحكم بالتلفيق، وذكر في التعليل أنهما فعلان، ثم ذكر أنه لو شهد شاهد على الإقرار بالاستيفاء وشاهد على البراءة لا يجمع بينهما؛ لأنهما قول وفعل.

قال أبو سعد: ليس هذا من القول المكرر بل إحدى الصورتين شهد شاهد على وقوع الإيفاء من الغريم وآخران برأ منه إليه، أي: برأ من الدين إلى رب الدين وهو عبارة عن الإيفاء أيضًا.

والصورة الثانية: شهد شاهد على الاستيفاء، والثاني على وقوع البراءة ووقوع البراءة أمر من الأمور، أو معنى من المعاني فسماه فعلًا على معنى أنه ليس بقول ولفق بين الشهادتين لاجتماعهما في المعنى؛ لأنه صحح الشهادة على وقوع البراءة، وأنا لا أصحح ذلك على ما بينت، وأما إذا شهد شاهد على الإقرار بالاستيفاء وشاهد على أن الغريم برأ منه إليه لم يلفق؛ لأن أحد الأمرين فعل للإقباض والثاني إقرار القابض بالقبض وهو قول، وإن شهد أحدهما على الإقرار بالقبض الآخر على وقوع البراءة لا تصح، وعلى ما اختاره المصنف تصح إلا أنها لا تلفق؛ لأن أحدهما قول والآخر ليس بقول

....

فإن ادعى الإبراء فشهد شاهدان على الهبة أو التصدق جاز؛ لأن هبة الدين للمدين إبراء وكذلك لو استعمل فيه لفظ التصدق، وعند أبي حنيفة لا يصح؛ لأنه كالمكذب لبينته، ووافقه بعض أصحابنا ولكن خالفه في العلة، وقال: الإبراء بلفظ التصدق لا يصح في أحد المذهبين وهذا القائل لا يصحح التوكيل بلفظ الوصاية المفيدة بحال الحياة، وأصل هذا الاختلاف أن العقود تعتبر بألفاظها أو بمعانيها وإن ادعى وقوع البراءة فشهد اثنان باستيفاء الدين أو بالإقرار باستيفاء صحت الشهادة عندنا، هكذا ذكره الشيخ - يعني العبادي - لأن الاستيفاء يتضمن وقوع البراءة وعند أبي حنيفة لا تسمع هذه الشهادة إلا أن تكون دعوى البراءة مقيدة بالاستيفاء.

قال أبو سعد: يشبه أن يكون الصحيح هذا؛ لأن الدعوى المجهولة لا تسمع، فإذا ادعى وقوع البراءة فيمكن أن يقال: يقيد بالسبب؛ فإنها تقع مرة بالإبراء، ومرة بالاستيفاء يؤكده أن في سماع هذه الدعوى مطلقًا غررًا، والغرور منهي عنه.

قال: ومن نصر ما ذكره المصنف، يقول: قد عبر عن المراد وفي تعريف المدعي يتساهل ولا يبالغ ذكر المصنف أنه لو شهد أحدهما بالهبة، والثاني بالصدقة لم يجمع، قال أبو سعد: صورته إذا نقل الشاهدان لفظي العقدين، فإن قال أحدهما: أشهد أنه قال وهبت الدين منك، وقال الثاني: أشهد أنه قال تصدقت به عليك، فإن لم يتعرضا لنقل صيغة العقد برمتها فينبغي أن يلفق بين الشهادتين، ثم قال يعني العبادي: شهد شاهد على عتق عبد وشاهد على هبة المولى نفسه منه وقبوله لم يجمع وفي هبة وإبراء من الدين يجمع والفرق من وجوه مضت في كتاب «الفروق».

وقال أبو سعد: إن نقل كل واحد عين لفظ لا يجمع في المسألتين، ثم قال: ادعى الكفيل استيفاء المكفول له الدين منه فشهد شاهدان منه بالبراءة؛ قبلت شهادتهما ولا يرجع، أي: على المكفول عنه بالدين، وهذا صحيح، فإن ادعى، أي: الكفيل هبة يعني: أن المكفول له وهب منه الدين فشهد شاهد

....

بالهبة وشاهد بالإبراء صحت الشهادة وهل يرجع؟ فيه وجهان، قال أبو سعد: وأنا لا أعرف لهذه المسألة معنى ولا وجهًا إلا أن يخرج مخرج وجهين في أن الإبراء هل يقاس على الاستيفاء في إثبات حق الرجوع أم لا من جهة أن المبرأ ممنون عليه بالإبراء؟

قلت: وهذا بعيد، والوجه عدم الرجوع.

فصل في حكم يد المتداعيين غير ما تقدم: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بينة قضي بها وإن لم تكن بينة فما اختص أحدهما باليد عليه حسًّا أو حكمًا بأن كان في ملكه؛ فالقول قوله مع يمينه وما كان في يد أحدهما حسًّا أو كان في البيت الذي يسكناه فلكل واحد منهما تحليف الآخر فيه، فإن حلفا جعل بينهما، وإن حلف أحدهما فقط قضي للحالف، ولا فرق بين كون الاختلاف في دوام الزوجية أو بعد الفراق ولا بين أن يختلفا هما أو ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر ولا بين ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة، أو للزوجة كالحلي والغزل ولهما، هكذا ذكره الشيخان وقولهما بأن كان في ملكه، أُخِذَ مِنْهُ أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ فِيمَا هُوَ أَحَقُّ بِمَنْفَعَتِهِ بِإِعَارَةٍ أَوْ إجَارَةٍ أَوْ وَقْفٍ حُكْمُهُ حُكْمُ مَا يَكُونُ فِي مِلْكِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُتَبَادَرَ مِنْ قَوْلِهِمَا أَوْ حُكْمًا بِأَنْ كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَقَوْلِهِمَا مِنْ بَعْدُ وَمَا كَانَ فِي يَدِهِمَا حِسًّا أَوْ كَانَ فِي الْبَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِهِ أَنَّهُمَا لَوْ سَكَنَا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ مِنْ دَارٍ وَاسِعَةٍ هِيَ مِلْكٌ لِأَحَدِهِمَا إنَّ مَا عَدَا مَا فِي الْبَيْتِ الْمَسْكُونِ بِهِمَا مِمَّا يَكُونُ فِي بَقِيَّةِ بُيُوتِهَا وَصَفَفِهَا أَنَّ الْيَدَ تَكُونُ فِيهِ لِمَالِك الدَّارِ فَقَطْ وَعِبَارَةُ غَيْرِهِمَا قَدْ تُفْهِمُ خِلَافَهُ.

قَالَ الْمَحَامِلِيُّ فِي «الْمَجْمُوعِ»: إذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِهِ، إلَى أَنْ قال: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ أَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُضِيَ بِذَلِكَ لَهُمَا نِصْفَيْنِ وَيَحْلِفُ كُلٌّ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَابِتَةٌ عَلَى نِصْفِ مَا فِي الدَّارِ فَقُضِيَ لَهُ بِهِ وَيَحْلِفُ الْآخَرُ عَلَيْهِ، إلَى أَنْ قال: وَسَوَاءٌ كَانَتْ الدَّارُ مِلْكًا لِلزَّوْجِ أَوْ لَهُمَا أَوْ مُكْتَرَاة.

....

وَعِبَارَةُ «الْحَاوِي»: إِذَا كَانَا فِي دَارٍ سَكَنَاهَا إِمَّا مِلْكًا لَهُما أَوْ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا فَاخْتَلَفَا فِي مَتَاعِهَا الَّذِي فِيهَا مِنْ آلَةٍ وَبَسْطٍ وَفَرْشٍ وَدَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ، إِلَى أَنْ قال: فَهُمَا مُشْتَرِكَانِ فِي الْيَدِ حُكْمًا فَيَحْلِفُ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهِ.

المسألة: والظاهر أن مراد الشيخين بالبيت ما ذكره غيرهما وإنما عبر كثيرون بالبيت تبعًا لنص «المختصر» ألا ترى قول صاحب «الكافي» بعد أن ذكر نحو لفظ الشيخين وسواء كان المتاع في يدهما حسًّا أو مشاهدًا وحكما بأن كان في الدار وهما يسكنانها كما لو تنازعا في الدار التي يسكنانها تجعل في يدهما حكمًا، وذكر الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» نحو ما سبق عن الشيخين.

وهكذا أخ وأخت تنازعا في متاع البيت الذي يسكنانه وكذلك الأجنبي والأجنبية أو الطفل والبالغ يسكنان دارًا واحدة فما فيها لهما بحكم اليد، انتهى.

الظاهر أن ما أطلقوه في متاع الدار محله ما إذا كان نسبته إلى يدهما الحكمية على حد سواء، أما لو كان في بعض بيوتها ونحوها متاع محرز ومفاتيح الحرز وأقفاله بيد مالك البيت ونحوه بيد مالك دون صاحبه فاليد على ما فيه لمالكه ونحوه دون الآخر، فتأمله!

واعلم أن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين الساكنين الكاملين والناقصين أو أحدهما ويقوم ولي الناقص بصغر أو جنون في دعوى اليد مقامه، وفي النفس منه شيء، وهل الحكم كذلك لو كانا رقيقين أو أحدهما وتكون اليد للسيدين أو أحدهما مع الحرية نظر، والتنازع في رقبة المسكن كهو في المتاع، وجميع ما سبق فيما إذا انفرد بمسكن، أما لو كان يساكنهما ولد كبير ويده مشاركة في متاع البيت ونحوه فسنذكره من بعد.

فَرْعٌ من «الحاوي»:

لو تنازعا دابة في إسطبل أحدهما وأيديهما عليها فإن كان في إسطبل دواب الغير مالكه استويا اليد عليها؛ لأن التصرف في إسطبل قد صار مشتركًا وإن لم يكن فيه غير دواب صاحبه كانت اليد لصاحبه خاصة لتصرفه باليد فيه، انتهى.

....

وفيما ذكره وقفة ظاهرة فإن صح ألحق به صور كثيرة واحتيج إلى الفرق بينه وبين ما لو تنازع الزوجان متاعًا في بيت من الدار منفرد عن مسكنهما منها والدار لأحدهما، وقد سوى الماوردي وغيره بين تنازع الزوجين في متاع الدار وبين تنازع الأخ والأخت فيه، وقد تقرر بأن السكنى مع المالك تدل على المشاركة في اليد فينبغي أن تكون صورة الفرع فيما إذا لم يعرف للمنازع في الدابة سكنى في الإسطبل أصلًا بخلاف تنازع الساكنين؛ وبذلك يحصل الفرق ويقاس به ما في معناه.

فروع منثورة:

قال في «الأم»: لو تداعيا مسناة بين أرض أحدهما ونهر الآخر؛ تحالفا وجعلت بينهما؛ لأن لكل واحد منهما عليها يدًا واتصالًا بالملك ينتفع بها من أجل ملكه الذي يجاورها كما في السقف يتداعيانه صاحب العلو وصاحب السفل، فإنه يكون بينهما، نص عليه في كتاب الصلح.

قال الشيخ في «التحرير»: وَالمُسَنَّاةُ حَفِيرَةٌ تُجْعَلُ فِي جَانِبِ النَّهْرِ لِتَمْنَعَهُ مِنْ الْأَرْضِ، وهي بضم الميم وفتح السين المهملة وتشديد النون.

وَعَنْ «تَعْلِيقِ الْبَنْدَنِيجِيِّ» في كتاب المساقاة: إِنَّهَا الْأَحْوَاضُ الَّتِي تُجْمَعُ فِيهَا المَاءُ تَحْتَ النَّخْلِ.

قلت: ولفظ «مجموع المحاملي» يقتضي أنها بناء حائل بين الأرض والنهر كالسد، حيث قال في «الأم»: وإذا كان لرجل نهر ما إلى جانبه أرض لآخر وبينهما مسناة، فقال صاحب النهر: هي لي بنيتها لتجمع الماء في النهر ويكثر، قال صاحب الأرض: بل أنا بنيتها لتمنع الماء عن الدخول إلى أرضي؛ فإنهما يتحالفان وتجعل بينهما إلى آخر ما تقدم.

وما ذكره قضية كلام «الروضة» وأصلها، ويوافقه قول الماوردي في البيوع: وإذا ثبت أن البناء والشجر يدخل في البيع؛ فكذلك كل ما كان في الأرض متصلًا بها من مسناتها سواء كانت حجارة أو آجرًا أو ترابًا.

....

قال في «الأم»: لو تداعيا عمامة في يد أحدهما قدر ذراع منها وباقيها في يد الآخر؛ فهي بينهما نصفان؛ لأنها في يدهما كما لو تنازعا دارًا أحدهما جالس في صدرها، والآخر في صحنها أو دهليزها.

قال الماوردي: وكذا لو كان أحدهما على سطحها والآخر في سفلها كانا في اليد عندنا سواء كان السطح محجرًا أو مشترًا أم لا.

قال الماوردي: لو تنازعا في ظرف ويد أحدهما عليه ويد الآخر على المتاع اختص كل واحد باليد على ما في يده ولا تكون اليد على الظرف مشاركة على المتاع، ولا بالعكس لانفصال إحديهما عن الأخرى، ولجواز أن يكون المتاع لواحد والظرف لآخر.

قال: ولو تنازعا عبدًا ويد أحدهما على ثوبه ويد الآخر على العبد؛ كانت اليد على العبد يدًا على الثوب والعبد؛ لأن يد العبد على الثوب أقوى، فصارت اليد على العبد أقوى ولا يكون للآخر يد على الثوب ولا العبد؛ لأن للعبد يدًا على الثوب وتصرفًا وبممساتك الثوب يدًا من غير تصرف.

قلت: وسبق في الغصب في الكلام على ثياب العبد المغصوب ما ينازع فيما ذكره وسبق أن الأصح أن القول قول راكب الدابة دون قائدها خلافًا لأبي إسحاق، وهو المذهب فيما لو كان أحدهما راكبها والآخر سائقها.

ولو اجتمع راكب وقائد وسائق فأوجه سبقت المذهب أن اليد للراكب، وادعى بعضهم عند أخذ أحدهما بلجام الدابة أن مذهب الشافعي يقتضي أن يكون هو والراكب فيها سواء، وطرد الإمام الوجهين فيهما فيما لو تنازعا ثوبًا أحدهما لابسه والآخر متعلق به يجاذبه وفيه نظر.

وكلام «الحاوي» يقتضي الجزم بأن القول قول اللابس، وهو الصحيح لكمال يده وتصرفه وإلا لاتخذ الفجرة ذلك ذريعة إلى الاشتراك في اليد ويكون اليد للابس، جزم شريح الروياني مع ذكره الخلاف في الراكب والقائد.

لو كان قطار من الإبل مشدودًا بعضه إلى بعض وعلى البعير الأول منها

....

راكب وعلى البعير المتوسط راكب وعلى البعير الآخر راكب وادعى كل واحد الجميع.

قال شريح في «روضته»: فالبعير الأول في يد الأول وفي غيره ثلاثة أوجه حكاها جدي:

أحدها: أن الجميع في يد الأول.

والثاني: أن الجميع في يده سوى الوسط والأخير فإن كل واحد منهما في يد صاحبه.

والثالث: أن البعير الأول إلى الأوسط في يد الأول، والأوسط إلى الأخير في يد الراكب، الأوسط والأخير في يد راكبه وإن لم يكن بعضها مشدودًا ببعض قيد كل واحد على ما هو راكبه وما عداه فليس في يد أحد.

قلت: وكأن المراد أنها ليست بيد واحد من الثلاثة بمفرده أما لو نازعهم أجنبي لم يكن معهم فالظاهر أنهم أصحاب يد عليها بمفردهم، ثم يتنازعون فيما بينهم. وإنه لو كان على الدابة راكبان أحدهما في السرج والآخر ورديعة فتداعياها فهي بينهما نصفان؛ لأنها في يدهما، وقيل اليد للذي على السرج، قال جدي: والأول أقيس، وأنه لو كان قطيع غنم يمشي قدامها رجل معها ويمشي خلفها رجل معها فاليد لهما، ولو كان الآخر يسوق والآخر يمشي قدامها فهل اليد للسابق أو لهما؟ وجهان، فلو كان الماشي قدامها يقود شاة بحبل والأغنام تتبعها فعلى وجهين:

أحدهما: تثبت يده عليها كلها.

والثاني: يده على التي يقودها دون غيرها، انتهى.

في «الحاوي»: لو تنازعا سفينة أحدهما ممسك برباطها، والآخر ممسك بخشبها كانت اليد له؛ لأن الخشب من السفينة والرباط ليس منها، ولو كان أحدهما راكبها والآخر ممسكها فاليد للراكب؛ لأن له تصرفًا ليس للممسك، انتهى.

....

سبق عن «البحر»: أنهما لو تنازعا عرصة جدار هو لأحدهما أن العرصة لصاحب الجدار، هكذا ذكره جماعة أصحابنا، وحكى الماوردي وجهًا أنهما سواء، وأنهما لو تنازعا الجدار ولا ترجيح لأحدهما ثم قامت بينة لأحدهما به كانت العرصة تبعًا له على الأصح، وأنه لو تنازعا الدابة الحِمل ـ بكسر الحاء المهملة ـ وغيره فهي لصاحب الحمل فلو كان للغير عليها ركوة؛ فالذي يجيء على المذهب أنها بينهما، ولو تنازعا عبدًا عليه قميص لأحدهما لم يترجح بالقميص، انتهى.

قال البغوي: لو تنازعا جارية أو دابة حاملًا واتفقا على أن الحمل لأحدهما فهي لصاحب الحمل، انتهى.

وعبارة الرافعي عن نصِّه في «الأم»: تنازعا أرضًا ولأحدهما فيها زرع أو بناء أو غراس فهي في يده أو دارًا لأحدهما فيها متاع؛ فهي في يده فإن لم يكن إلا في بيت لا يجعل في يده إلا ذلك البيت، هكذا ذكروه.

قلت: وسبق ذكر خلاف في مسألة الأرض، وأما حمل الأمة والدابة، فإن كانت في يدهما أو غيرهما فقريب، أما لو كانت بيد زيد فادعاها عمرو فأقر له زيد بحملها فادعاهما عمرو؛ فالظاهر تصديق زيد بيمينه على أن فيما إذا كانت في يدهما معًا وقفة، وليتأمل ما ذكر في مسألة المتاع في الدار ما سبق في اختلاف الزوجين وغيرهما.

فَصْلٌ: أورد الرافعي جملًا مما جمع من «فتاوى» القفال وغيره أنه إذا صارت الضيعة معلومة بثلاثة حدود؛ جاز الاقتصار على ذكرها، قال: وهكذا خلاف ما سبق عن إطلاق ابن القاص، قال: لكن لو ذكر الشهود الحدود الأربعة وأخطأوا في واحد لا تصح شهادتهم وترك الذكر خير من الخطأ؛ لأنهم إذا أخطأوا لم يكن بتلك الحدود صفة في يد المدعى عليه.

قلت: وهذا يوهم جواز تركهم التحديد مع الغيبة عن الضيعة المجهولة الحدود وليس بمراد فقد بيناه، وأنه إذا غلط المدعي فقال المدعى عليه لا تلزمني

....

دار بهذه الصفة كان صادقًا، ولو حلف كان بارًا وإن لم ينكر، وقال: لا أمنعه الدار التي يدعيها؛ أسقط دعوى المدعي وإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها فله أن يمنعه أي: ظاهرًا ويقول هي غير ما ادعيت فأما عند الإصابة في الحدود إذا قال: لا أمنعك منها؛ لم يكن له المنع، فإن قال: ظننت أنه غلط في الحدود لم يقبل إنما قلت لا أمنعك منها؛ لأنها لم تكن في يدي يومئذٍ ثم صارت ملكي؛ قبل منه وكان له المنع إذا حلف عليه، أي: إذا حلف أنها لم تكن في يده حين قال له لا أمنعك، فإذا حلف فعليه البينة، قاله القفال.

ولو أنه ادعى عليه عبدًا أو ثوبًا في يده فقال: لا أمنعك منه لم يسقط بهذا دعواه بل يقال سلمه إليه؛ لأنه بتلك الحدود متعين لا يختلط بغيره وأن دعوى العبد على سيده الإذن في التجارة لا تسمع إن لم يشتر ولم يبع شيئًا، وإن اشترى ثوبًا وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه فأنكر السيد الإذن فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن، فإذا حلف فللعبد أن يحلفه مرة أخرى ليسقط الثمن عن ذمته، وإن باع العبد شيئًا وهلك وقبض الثمن وتلف وجاء المشتري يطلب تلك العين فقال السيد: لم آذن له في البيع؛ حلفه فإن حلف حكم ببطلان البيع وللعبد تحليفه لإسقاط الثمن عن ذمته.

قلت: لفظ «الفتاوى»: وإن اشترى ثوبًا بألف درهم فجاء البائع يطالبه بالألف وكان في يده كسب وأنكر السيد؛ نظر إن ادعى البائع على السيد أنك أذنت له في التجارة وأنا أستوفي الثمن من مكاسبه فأنكر السيد، فإن حلف فذاك ويكون الثمن في ذمة العبد والسيد أحق بمكاسبه ويملك الثوب بزعم البائع أن الشراء صح إلا أن يفسخ البيع بإفلاسه ويسترد الثوب، وإن لم يفسخ؛ فللعبد أن يحلف السيد بعدما حلفه البائع أنه لم يأذن له ليسقط الثمن عن ذمته، فلو طلب البائع في الابتداء يمين السيد فلم يحلف ونكل عن اليمين فللبائع أن يحلف ويأخذ الثمن من مكاسبه التي في يده.

ثم ذكر صورة البيع بنحو ما سلف ثم قال: فأما إذا كان قد باع ولم يستوف الثمن فأحال رجلًا بالثمن وادعى المشتري على السيد الإذن فأنكر وحلف؛

....

فليس للعبد أن يحلف المولى، ثم قال: ودين التجارة يتعلق بالكسب على ظاهر المذهب، وفيه وجه أنه لا يتعلق به، انتهى.

وإنه لو ادعى ألفًا على غيره وأقام شاهدًا وأراد أن يحلف معه وأقام المدعى عليه شاهدًا بأن المدعي أقر أنه لا حق له عليه أن يحلف مع شاهده وإذا حلف سقطت دعوى المدعي.

قلت: كذا قاله القفال، وقال: إنه لو أقام عليه بينة بألف درهم فأقام المدعى عليه بينة بأن المدعي أقر أن تلك الألف من مال الشركة لم يكن ذلك دافعًا لبينة المدعي؛ لاحتمال أنه كان من مال الشركة إلا أنه صار متعديًا فيه فيضمنه فلذلك لم يكن دفعًا لبينة المدعي، انتهى. وليس هذا بواضح.

وإنه لو أقام بينة على إقراره أن لفلان عليه ألف درهم من جهة الشركة بينه وبينه، فقال المدعى عليه: رددت ألف درهم، قال القفال يقبل قوله في النصف الذي للمدعي؛ لأن النصف هو الذي مضمون عليه؛ لأن أحد النصفين قرض عنده، انتهى لفظ «الفتاوى»، وإنه يجوز للمالك أن يدعي على الغاصب وعلى الغاصب من الغاصب فإن ادعى على الأول أنه يلزمه رد الثوب بصفة كذا، أو قيمة كذا فليس للغاصب أن يحلف أنه لا يلزمه إلا إن قدر على الانتزاع والرد، وإلا فعليه القيمة.

قلت: هذا هو الصواب، وما في النسخ الصحيحة بالشرح، ورأيته في «الفتاوى» بمعناه، ووقع في نسخ من الرافعي فليس على الغاصب أن يحلف وجرى عليه في «الروضة» نعم؛ نوزع القفال في سماع الدعوى المردودة كما سبق وذاك شيء آخر، والله أعلم.

وأنهم لو شهدوا على أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان وهو يملكها ولم يقولوا إنها الآن ملك المدعي ففي قبول هذه الشهادة قولان، كما لو شهدوا أنها كانت ملكه بالأمس قال الرافعي: والمفهوم من كلام الأكثرين أنها مقبولة كافية.

....

قلت: فيه نظر ولعل إطلاقهم منزل على ما إذا دلت الشهادة على ملكية المدعي لما ادعاه في الحال وإلا فمطلق الشهادة بالانتقال إليه من زيد وهو يملكه ليس فيه تعرض لملكية المدعي الآن لما ادعاه، وإنما دل على أنه دخل في ملكه في زمن ماضٍ فهو في معنى قولهم كانت العين ملكه أمس، وفي «فتاوى» القاضي الحسين: أنهم لو شهدوا أن هذه الدار كانت ملكًا لفلان إلى أن مات وخلفها ميراثًا لابنه هذا ولم يقولوا إنها الآن ملك هذا الابن لا يحكم بشهادتهم وحكم هذا حكم ما لو قال المشاهد: هذه الدار كانت لفلان أمس؛ لا يقبل في الجديد، انتهى، ولعلك لا تعدم مما سبق ما يعضد ذلك.

وقد أطلق القفال في مواضع أنه لو أقام بينة أنه اشترى كذا من زيد سنة كذا، وكان ملكه إلى أن باعه أنه يصح ولم يذكر اشتراط التعرض لملك المدعي الآن، وإطلاقه منزل على ما قيده هنا ولا يتضح الفرق بين قولهم اشتراها من زيد أو ورثها منه منذ سنة مثلًا وبين قولهم كانت ملكه أمس.

قال القفال: وإنما يصح للشهود أن يشهدوا أنه اشترى هذه الدار من فلان وهو يملكها إذا كانوا قد رأوا ذلك في يد فلان منذ سنين كثيرة بحيث لو أرادوا الشهادة على إثبات الملك لفلان لو نوزع فيه لقدروا على قولهم هي ملكه، انتهى.

وفي اعتبار سنين كثيرة وقفة ولعله أراد مدة طويلة تغلب على الظن الملكية لا ما اقتضاه ظاهر لفظه من السنين الكثيرة، وأنه لو ادعى على إنسان حق القضاء من يقبل نسبه إليه وكان عند الحاكم أنه لا قصاص بذلك؛ فجاء رجل وروى خبرًا عن رسول الله ﷺ أنه وجب القصاص واقتص الحاكم منه ثم رجع الراوي وقال: كذبت وتعمدت؛ لم يقتص منه بخلاف الشهادة؛ لأن الرواية لا تختص بالواقعة، انتهى.

وحكى الرافعي هذا قبيل كتاب الديات عن القفال.

وعن «فتاوى» البغوي: إنه ينبغي أن يجب القصاص وذكرنا ذلك في

....

مسائل الرجوع عن الشهادة، وهو محتمل ولا خفاء أن الكلام في الحاكم المجتهد الأهل لذلك، وكان قد وفى المسألة حقها من النظر، وأنه إذا ادعى دارًا في يد رجل وأقام بينة اشتراها منه وأقام ذو اليد بينة أنه وهبها منه ولم يتعرضا لتاريخ تعارضتا قال الرافعي: ولهذا الاختلاف أثر عند ظهور الاستحقاق وإذا وجد عينًا وأراد ردها.

قلت: والمراد أن ذا اليد أقام بينة بأنه هو وهبها مجانًا من مدعي الشراء؛ لكن في سماع بينته وجعلها معاوضة قبل الحاجة إليها كما أطلقه القفال نظر، نعم؛ إن احتيج إليها عند ظهور استحقاق وغيره كما نبه عليه الرافعي فظاهر، وفي بعض نسخ الرافعي بعد قوله: وهبها منه فإن أرخت البينتان حكم بالآخر، وإن أطلقتا تعارضتا، وكذا هو في «فتاوى» القفال، والله أعلم.

وأنه إذا ادعى دارًا في يد إنسان وأقام بينة أنها ملكه وجاء آخر يدعيها وأقام بينة أنه اشتراها من فلان رجل آخر يوم كذا ولم يقولوا أنه كان يملكها يومئذٍ لكن أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذٍ سمعت هاتان البينتان وصارتا كبينة واحدة؛ فيحصل التعارض بينها وبين بينة المدعي الأول.

وأنه إذا ادعى دارًا وأقام بينة على أنها ملكه وانتزعها من يد المدعى عليه وجاء آخر بعد مدة طويلة أو يسيرة يدعيها، وأقام بينة على أنه اشتراها من المدعى عليه الذي كانت في يده وكان يملكها يومئذٍ يقضى بالدار للمدعي، وكان كما لو أقام ذو اليد بينة قبل الانتزاع منه وأنه إذا ادعى اثنان دارًا في يد ثالث وأقام أحدهما بينة أنها ملكه، ثم أقام الثاني بينة أنه اشتراها من المدعي الأول، فإن قامت بينة الثاني بعد القضاء للمدعي الأول ببينته فيقضي الثاني على الأول ولا يشترطان بقول شهوده اشتراها من الأول وهي ملكه، وإن قامت قبل القضاء للأول فإن قالوا: اشتراها منه وهو يملكها؛ انتزعت الدار من يد صاحب اليد وقضي بها للثاني، وإن لم يتعرضوا لذلك ولا يقضى بها للثاني ما لم يقض للأول بالملك؛ ولكن تسمع بينة الثاني على الأول وإن لم يقض له.

قال الرافعي: وهذه المسألة قد حكيناها من قبل وهذا التفصيل كـ «الشرح»

....

و«الإيضاح» لما مر، وأنه لو كانت في يده دار فادعى إنسان أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد وأنكر صاحب اليد، فله أن يقيم بينة على البيعين وله أن يقيم على هذا بينة وعلى هذا بينة ولا بأس بما يتفق من التقديم والتأخير، انتهى.

وهذا وما تقدمه لخصه الرافعي واختصره من «فتاوى» القفال، وقد أطال القفال ـ رحمه الله ـ الكلام في هذه الصور وغيرها وبسطه في عدة أوراق، وأنه إذا أراد الشهود إقامة الشهادة على شراء دار قد تبدلت حدودها في يوم الشراء فيشهدون أنه اشترى دارًا منذ عشر سنين من فلان وهو يملكها وكان حينئذٍ ينتهي أحد حدودها إلى كذا والثاني إلى كذا، ثم على المدعي أن يقيم بينة على كيفية تبدل تلك الحدود، فيشهد الشهود بأن الدار التي كانت في يد فلان قد انتقلت إلى يد فلان حتى يقضى له.

قلت: وكان هذا فيما إذا لم يمكن الشهود تشخيص الحدود، أما لو أمكن ذلك بحضور الحاكم أو نائبه في ذلك ولا حاجة إلى بينة ثانية بالانتقالات المذكورة وقد لا يجدها، وأنه إذا ادعى دارًا في يد غيره وأقام بينة على أنها ملكه، فقال القاضي: عرفت هذه الدار ملكًا لفلان وقد مات وانتقلت إلى وارثه فأقم بينة على تملكك منه، فله ذلك وتندفع بينته.

قال الرافعي رحمه الله: ولكن هذا جواب على أنه يقضي بعلمه.

قلت: المتبادر أنه من باب قولنا: لا يقضي بخلاف علمه لا من باب قضائه بعلمه، والله أعلم.

وأنه لو باع دارًا ثم قامت بينة الحسبة أن البائع قد وقفها، وهو يملكها على ابنه البائع وبعده على أولاده، ثم على المساكين انتزعت الدار من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن أكذب نفسه وصدق الشهود، وإن أصر على إنكار الوقف لم تصرف إليه، بل توقف فإذا مات، أي: مصرًا على الإنكار كما صرح به القفال صرفت

....

إلى أقرب الناس إلى الواقف ولو ادعى البائع أنه وقف لم تسمع بينته.

قال الرافعي: والتقييد بالبينة يشعر بأنه تسمع دعواه وله أن يحلف الخصم، وذكر العراقيون أنه تسمع بينته أيضًا إذا لم يصرح بأنه ملكه بل اقتصر على البيع.

وفي «التجربة» للروياني أنه لو باع شيئًا، ثم قال: بعته وأنا لا أملكه والآن ملكته بالإرث من فلان، فإن قال حين باع أنه ملكه لم تسمع دعواه ولا بينته وإن لم يقل ذلك، بل اقتصر على قوله: بعتك سمعت دعواه، وإن لم تكن له بينة حلف المشتري أنه باعه وهو يملكه، قال: وقد نص عليه في «الأم» وغلط من قال غيره، وكذلك لو ادعى أن المبيع وقف عليه، انتهى.

قلت: وهذه مسألة مهمة تعم بها البلوى في كثير من الأبواب، وكلام الشيخين وغيرهما مختلف فيها كما أشرت إليه في باب المرابحة وغيره من «الغنية» وسيأتي عن العبادي: أنه لو قال: كنت جاهلًا بالوقف أنه تسمع دعواه ويحلف.

واعلم أن ما ذكره القفال من انتزاع الدار بمجرد قيام البينة بالوقف على ما ذكره من غير تعرض لقبوله له الوقف، أو قبول الأب عنه لصغره إن كان مفرعًا على ما سبق أنه المختار، وظاهر النصوص من أن الوقف على معين لا يشترط فيه القبول فظاهره وإن كان القفال ممن يرى اشتراط القبول كما رجحه الإمام وتبعه الشيخان وغيرهما ففيه نظر؛ إذ لا يلزم الوقف بمجرد قول الأب ما سبق ما لم يثبت قبول الابن أو القبول له، ويصير كما لو قامت بينة بأنه أوجب بيعها لزيد ولم يتعرض لقبول زيد الشراء، فتأمله!

وقد بينت صورًا من «فتاوى» القفال لم يذكرها الرافعي:

منها: أنه لو باع حمارًا إلى أجل فلما انقضى الأجل ترافعا إلى الحاكم فأنكر الشراء ورد الحمار، وحلف فليس للبائع أن يطالبه بالكراء؛ لأنه قد أقر بأن الحمار ملك له بالبيع، وأنه لم يكن يلزمه الكرى، وأنه لو باع دارًا خربة

....

فعمرها المشتري بطينه وخشبه ولبنه، ثم استحقت، فإن للمشتري رفع البناء على البائع ما بين قيمته ثابتًا ومقلوعًا، وكذا لو غرس الأرض ثم استحقت فعلى البائع ما بين قيمة الأشجار ثابتة ومقلوعة كما لو غرس في أرض غيره بإذنه ولا رجوع للمشتري بالأثر كنفقة العبد والدابة، فإن زوق بجص أو طين من غيره فللمستحق أن يكلفه نزع التزويق، ثم للمشتري الرجوع بنقصانه على البائع، وإن رضي المستحق أن يكون المشتري شريكًا به جاز كما لو اشترى ثوبًا فصبغه فزادت قيمته ثم استحق فإن رضي صاحب الثوب كان شريكًا له وإن كلفه نزعه صار بالنزع مستهلكًا فللمشتري الرجوع على البائع بما بين قيمته أبيض ومصبوغًا، انتهى.

وفي «فتاوى» تلميذه القاضي الحسين: إنه لو اشترى دارًا وعمرها، ثم استحقت ونقضت عمارته فهل يرجع على البائع بأرش النقص وكذا بما أنفق على الدار؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع، وقال ابن سريج: يرجع وللشافعي نصان يدلان على ثبوت الرجوع فذكرهما وأنه لو ثبت فلسه عند الحاكم فجاء رب الدين وادعى أنه وجد مالًا لا تسمع دعواه حتى يتبين، فإن قال ورث ألف درهم أو كسب أو وهب له وما أشبهه سمعت دعواه وحلف له، وأنه لو اشترى ضيعة من قيم صبي وسلمه الثمن، ثم بلغ الصبي وأنكر يكون البائع قيمًا له واسترد الضيعة ثم اشتراها المشتري من الصبي بعد بلوغه ليس له أن يرجع بالثمن الذي دفعه إلى القيم عليه؛ لأنه كان صدقه على الولاية الشرعية كما لو اشترى من وكيل رجل ودفع الثمن إليه ثم قال الرجل: لم أوكله، وأخذ المبيع من المشتري، ثم اشتراه المشتري من المالك مرة أخرى لا يرجع على الوكيل بالثمن؛ لأنه قد صدقه على الوكالة فيلزمه في حق نفسه حكم تصديقه.

قلت: في الصور من نظره وقد جزم القفال قبل هذا بأنه لو صدق المشتري البائع على ملكه العين ثم استحقت رجع عليه بالثمن، قال: لأنه أقر على ظاهر

....

الحال ولعل هذا عن غير القفال لكنه فيما جمع من فتاويه، ولا خفاء أن الكلام فيما إذا كان الانتزاع بالحاكم وأنه تسمع دعوى الحسبة على قيم الصبي وله أن يحلف القيم إن اتهمه فيه.

قلت: وقد عمت البلوى بهذه المسألة وهو أن يدعي قريب للميت على وصية إتلاف شيء من ماله أو خيانة ونحوها محتسبًا فترد دعواه كما عاينته من كثير من قضاة العصر معتلين بأنه لا حق له ولا ولاية على الطفل ويرون دعواه فضولًا، والظاهر أنه إذا كان للمحتسب أن يحلف القيم فله إقامة البينة على ما ادعاه، بل أولى وحسن أن يأذن له الحاكم في الدعوى ويتعين ذلك عند ظهور أمارات صدقه وفساد حال الوصي أو جهالة حاله سيما هذا الزمان وقد يعود الضمير في قوله: وله أن يحلف القيم، على الحاكم لا على المدعي حسبة وأنه لو ادعى ألف درهم، فقال للحاكم: قد أقر بأنه أبرأني أو استوفى مني الألف، قال القفال: لا يجعل هذا إدبارًا منه بخلاف دعوى الإبراء والاستيفاء.

قلت: وفي النفس من الفرق شيء وربما سبق في كتاب «الإقرار» ما يخرج منه خلاف فيه، وأنه لو ادعى عليه عشرة أرؤس من الغنم، فقال: قد صالحتك عما كان لك علي.

قال القفال: لا يجعل هذا إقرارًا بما ادعاه، لكن في ضمنه أن له عليه شيئًا، وأنه لو ادعى عليه ألفًا فأنكر ثم قال للمدعي: اشتر مني هذا الثوب بالألف الذي تدعي، كان إقرارًا منه كما لو قال للمدعي: بعني، يكون إقرارًا ويفارق ما لو قال: صالحني عن الألف الذي تدعيه على هذا الثوب، لا يجعل إقرارًا وكذا لو ادعى ثوبًا في يده فأنكر ثم قال للمدعي: صالحني منه على كذا، لم يكن إقرارًا، والفرق بين لفظ الشراء ولفظ الصلح؛ لأنه ليس من شرط الصلح أن يكون بيعًا ألا ترى أن الصلح عما لا يكون مالًا يجوز وهو الدم فقوله: صالحني، ليس من ضرورية أن يكون هناك مال يشتريه حتى يكون بيعًا؛ فلذلك لم يعمل عمل البيع فلذلك قلنا: إن قوله: صالحني، لا يجعل إقرارًا بخلاف قوله: بعني، فإن من ضرورة البيع أن يكون هناك مال يتملك، فقيل

....

للقفال: الصلح ببدل يسلك به مسلك المعاوضات في جميع الأحكام ألا ترى أنه لو ادعى عيبًا فأقر بها وصالحه على شيء كان بيعًا، فلما كان بلفظ البيع إقرارًا وجب أن يكون بلفظ الصلح هكذا، فقال: الجواب ما ذكرت، فقيل له: لو أن المدعي للثوب قال للمدعى عليه: أتبيع هذا الثوب؟ هل يكون مقرًا به؟

قال: لا، فلو قال: أنا أشتريه منك، قال: لا، وكذا في جانب المدعى عليه لو قال: أنا أبيعكه أو اشتره مني، لا يكون هذا إقرارًا إنما يكون إقرارًا إذا كان اللفظ يصلح لأحد المصراعين بأن يقول المدعى عليه: بعني أو يقول: اشتريت، وكذا المدعي يقول مثل ذلك، ولو قال المدعى عليه بثوب للمدعي: وكلني بأن أبيع هذا الثوب عنك، قال القفال: لا يجعل مقرًا فقيل له: وجب أن يكون مقرًا فإن حقيقة إقراره له في هذا ومثله أن يوجد منه شيء لا يتولاه المالك في ملكه، ومعلوم أن الرجل لا يكون وكيلًا في بيع ملكه، وأنه لو أقر له بمائة وأنه مليء بأدائها، ثم ادعى أنه مفلس لم يقبل قوله إلا أن يقيم بينة على ذهاب ماله وأنه بأي وجه صار مفلسًا، فإن أراد تحليف المدعي حلفه أنه لا يعلم ذهاب ماله الذي أقر أنه مليء به، وإنما يلزمه أن يحلف هكذا ولا يحلف أنه لا يعلم ذهاب ماله لكنه لا يعرف ذهاب ماله الذي أقر به.

قلت: ربما سبق في التفليس ما يخالف ما ذكره فراجعه.

فإن شهدا عليه بألف ولم يشهدا على إقراره، فقال: هو من ثمن خمس، لا يلتفت إليه ولا يحلف المشهود له بخلاف مسألة الإقرار؛ لأن البينة شهدت مطلقًا على الألف، فالظاهر أن شهادتهم لا تقع إلا على ألف يلزم عليه، لكن لو أراد الحاكم أن يستفسر الشهود ويسألهم أن هذا الألف من أي جهة لزمه جاز ذلك إن أدى إليه اجتهادهم.

أما تحليف المشهود له فلا، ثم ذكر للمسألة نظائر في الكتاب، وقبض الرهن وغيره بخلاف ما هو وقعت الشهادة على الإقرار بالدين والكفالة وإقباض الرهن فله التحليف كما سبق، وما ذكره من قبول الشهادة عليه بألف مطلقًا هو أصح أوجه ثلاثة تقدمت واضحة، وأنه لو أوصى ببيع دائرة والتصدق

....

بثمنها فباعها الوصي، فقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى تثبت وصيتك عند الحاكم فله ذلك.

قلت: وهذا يطرد في الوكيل وعامل القراض وقيم الحاكم، وسيأتي عن «فتاوى» القاضي الحسين ما ينازع فيه، وأنه لو ادعت زوجته مهرًا ونفقة على رجل، فقال: لست بزوجها وحلف ثم أقر بالزوجية، قال القفال: لا يقبل منه ولا يحل له وطؤها، فقيل: وأي فرق بينه؟

وبينما لو قال لامرأته: لست بزوجتي، فإنه يكون كتابة فلم لا جعلته إقرارًا كما فعلت في هذه؟.

قال: لأن هناك ثبتت الزوجية فإذا قال: ليست بزوجتي، ثم قال: لم يرد به طلاقًا قبل لأنا عرفنا بينهما زوجية فيحتمل أن قوله: لست بزوجتي، أي: لا تطيعني، فلا يرفع به المتعين وإذا أنكر في الابتداء ثم أكذب نفسه لم يقبل؛ لأن إنكاره ابتداء ينافي دعواها، انتهى.

وقوله: لا يحل له وطؤها، أي: ظاهرًا أما في الباطن فإن لم يقصد به الطلاق فالحل عند كذبه في إنكاره، وأنه لو غادر وترك عقارًا وله زوجة وابن زمن، فلهما رفع الأمر إلى الحاكم حتى يبيعه وينفق عليهما، فلو كان الحاكم حنفيًا لا يرى بيع العقار في النفقة، فليس لهما بيعه بأنفسهما.

قلت: وهذا ظاهر إذا قلنا: المستحق إذا ظفر بغير جنس حقه له أخذه وبيعه بنفسه في حقه، أما إذا قلنا بذلك وهو الأصح فيهما فلا وأنه لا تقبل الشهادة بالكفر ما لم ينقلوا لفظه إلى الحاكم؛ لأن الناس مختلفون فيما يكفر به، وإن نقلوا لفظه إليه فقال: ما قلت هذا اللفظ أنا مسلم، لا يقبل بل يحتاج أن يجدد الإسلام، ويقول: الكفر باطل كما لو شهدوا على إقراره بالزنا، فقال: لم أقل، لا يكون رجوعًا منه، وإن قال: أنا لم أزنِ، كان رجوعًا منه.

والفرق بينه وبين ما لو قال: لم أكفر، فإنه لا يجعل مسلمًا بذلك أنه لو أقر عند الحاكم بالزنا ثم قال: ما زنيت، كان رجوعًا فإنه لو تكلم بكلمة الكفر

....

بين يدي الحاكم، ثم قال: ما كفرت، لم يجعل إسلامًا منه فافترقا.

قلت: وهذا الفرق غير واضح، وما ذكره من عدم قبول الشهادة بالكفر مطلقة هو الصواب خلافًا للإمام، ومن تبعه كما بينته في كتاب الردة، وقوله: ويقول: الكفر باطل ظاهره أنه يجب أن يقول ذلك وهو غريب وكأنه أراد به التبرّؤ من كل دين خالف الإسلام كما قاله الشافعي والأصحاب، والظاهر أن قوله: الكفر باطل، لا يغني عن ذلك، والله أعلم.

وأنه لو شهدوا عند الحاكم أن فلانًا وقف هذه الدار وهو يملكها ولا ندري على من وقف، قال القفال: لا تسمع هذه الشهادة، قيل له: لو أوصى بوصايا مختلفة فادعى رجل أنه وصيه وأقام بينة بأنه أوصى إليه ولم ينصوا على تفصيل ذلك، بل قالوا: أوصى إليه لا غير، وقالوا: نحن سمعناه قبل موته يقول: أوصيت إلى فلان، فإن هذه الشهادة تسمع، وإن كان لا بد من تعيينه لقوم آخرين وتنصيصهم على تفصيل الوصايا حتى يمكنه تنفيذها فكذا هنا إذا شهدوا أنه وقف كذا وجب أن تسمع؛ إذ ربما شهد الشهود بأن الوقوف عليه منه.

قال القفال: وليس كذلك؛ لأن تلك البينة بالوصية مقيدة ألا ترى أنه لو قامت بينة بعد ذلك بأنه أوصى بثلثه للفقراء، وأنه أمر بأن يحج عنه من رأس المال وما أشبهه تعين ذلك المشهود به الإيصاء إليه لتنفذ تلك الوصايا، وإن لم تكن فصلت في الإيصاء إلى فلان، فلما كانت تلك البينة مقيدة سمعت فهو كرجل أقام البينة أن له على فلان ألف درهم، ثم يقيم بينة أخرى على أن هذا وارثه، ثم يقيم بينة أخرى على أنه خلف من التركة كذا وكذا، فإن ذلك كله ثابت وكل بينة على الانفراد مسموعة؛ لأنها مقيدة كذا هاهنا.

أما في مسألتنا إذا رجحنا إلى تعيين جهة الوقوف عليه فلا بد أن تشهد بتلك البينة أن فلانًا وقف داره على الفقراء فلما كان في تعيين جهة الوقف لا بد من ذكر الوقف فلم يكن في سماع هذه البينة بأنه وقفها، ولا ندري على من وقفها معنى، وهناك ثبت بها الحكم في ثبوت الوصاية من غير أن يحتاج إلى إعادة بينة على الإيصاء إليه فكذلك سمعت، انتهى. وما ذكره في الصورتين لا يسلم عن نزاع.

....

وأنه لو أقام شاهدين أن زيدًا أقر له بألف درهم وحكم به الحاكم، ثم قال المشهود له: هذا المال المقر به إنما هو لأحد الشاهدين واسمي كان عليه، بطلت شهادتهما كما لو شهدا له بمال ثم أقر أن أحدهما كان شريكًا له فيه بطل الحكم وبقي له شهادة الواحد فله أن يحلف معه، ولو أقام ثلاثة شهود والمسألة ما ذكرنا لم يبطل الحكم؛ لأنه بقي شهادة اثنين، فإن قيل: الشاهدان إنما شهدا بالمال لفلان هذا، وهو يقول: ليس لي، قال: جاز ذلك؛ لأنه يصح أن يشهد الشهود بأن هذا المال لفلان ثم يقر هو لغيره فيقول: كنت وكيلًا، وإنما لم تجز هذا إذا شهدوا على الجناية أو على الصداق في النكاح، ثم أقر به لغيره؛ لأنه ويجوز أن يكون ذلك المال له.

قلت: قوله: وبقي له شاهد واحد فله أن يحلف معه، أي: على شطر المدعي لا على الكل؛ لأنه قد اعترف بأن أحدهما شريكه فيه كذا ظننته، نعم لو كذبه المقر له منهما، وقلنا: يفتقر الإقرار إلى تصديق المقر له، فهل له أن يحلف على الجميع مع الشاهد الآخر إذا قلنا: لا ينزع المال من المقر في هذه الحالة، وأنه يبقى في يده ملكًا له فيه نظر، والظاهر المنع، والله أعلم.

وإنه سُئل القفال عمن أقر بالوقف في صنعة وجعل فلانًا قيمًا فلم يقبل القيام به، ثم جاء وشهد على المقر بأنه وقفها، هل يقبل؟ فقال: إن لم تكن الضيعة في يده ولا أقر بالقيام يقبل.

قلت: يشبه أن مجرد كونها في يده لا يمنع قبول شهادته، والله أعلم.

وأنه لو شهدا أن فلانًا أوصى بثلثه للفقراء فأنكر الوارث فقبل الحكم أقام الوارث بينة بأن الشاهد قال قبل شهادته: أن الميت أوصى إلي بثلثه كان ذلك طعنًا في شهادته، وامتنع الحكم وسواء عزى ذلك القول منه إلى ما قبل الشهادة أو ذكر أنه قال بعدما ثبت وعلى هذا لو أن رجلًا أقام شهودًا بدين له على فلان، فقبل الحكم جاء المشهود عليه ببينة بأن هذا الشاهد قال قبل أن يشهد: إن صاحب هذا الحق قد وكلني في اقتضاء حقه من هذا المديون، وقبلت وكالته كان ذلك طعنًا في شهادته، وكذا لو أقام بينة أنه قاله بعدما شهد

....

وقبل الحكم إذا ثبت أن ذلك طعنًا في الشهادة في مسألتي الوصية والدين، فلو أقام المشهود له بالدين بينة على أنه كان قد عزل الشاهد عن الوكالة باقتضاء الدين قبل شهادته سمعت هذه البينة ويثبت، أي: الدين.

وكذا لو شهد شاهدان على سبيل الحسبة بأن هذا الذي شهد فعل ذلك، أي: عزل نفسه قبل أن يشهد، قال: سمعت شهادتهما وكان ذلك دفعًا لبينة الورثة بأنه قد قال، ثم قال هذا كله إذا أقام المشهود عليه بينة بأن قال: أوصى إلي وقبلت، فإن لم يقل: قبلت لم تكن طعنًا؛ لأنه قد يوصي إليه وهو لا يقبل.

وأنه لو أقر بأن الدار التي بيد زيد ملكه من عشرين سنة، ثم جاء وادعى أنّه اشتراها منه من عشرين سنة، قال القفال: لا تسمع دعواه ولا بينته، وإن ادعى شجرة في يد غيره ولا يدعي الأصل، أي: الأرض، فيجب أن يقول في دعواه: شجرة في أرض كذا وهي كمثرى أو خوخ ويبين الطول والعرض، وسبق الكلام على هذا مبسوطًا، فإنه لو كان بيده حانوت فأجرة الآخر، وكان يأخذ الأجرة منه منذ سنين فادعى مدع أن الحانوت وقف علي، فإن دعواه تتوجه على من في يده الحانوت الآن دونَ من أخذ منه الأجرة.

قلت: ولم لا تسمع الدعوى على المؤجر أيضًا ولا مانع منها إذا حررها المدعي، وأنه لو كان بيده ضيعة وقف يقول: وقفها جدي على أولاده ما تناسلوا، فجاء رجل وقال: أنا من أرباب هذا الوقف لم تسمع دعواه ما لم يبين بأن يقول: أنا ابن عمك فلان، فإن أنكر ذو اليد حلف ليس هذا ابن عمه، وإنما قلنا: يحلف؛ لأن هذا هو جميع وارث عمه، فإن نكل حلف المدعي وكان شريكًا معه فيه، فإن كان من بيده الوقف اثنين فهل يحلف الواحد منهما المدعي الشركة؟

فيه وجهان:

....

والثاني: يحلف وفائدته أنه ربما يقر فتعرض اليمين على الثاني فربما يقر، وإن نكل حلف المدعي وشاركهما هذا إذا بين الجهة، فأما إن قال: أنا من جملة أرباب الوقف، فيقال له: فسر، فإن قال: فلان وقف هذه الدار على أبيك وعلى أبي وعلى أولادهما، فإن حلف المدعى عليه أن فلانًا لم يقف على أبيك شيئًا من هذا سقطت دعواه، وإن نكل ردت اليمين وحلف وصار شريكًا، وأنه لو ادعى ثوبًا بيد غيره وقال: يلزمه تسليمه إلي فأنكر فأقام بينة أن له في يده ثوبًا لم تسمع هذه البينة حتى تصف الثوب، ويقول: كرباس طوله كذا وعرضه كذا وصفته كيت وكيت يلزمه رده إليه فحينئذ تقبل إلا في موضعين:

أحدهما: أن يقولوا: غصبه ثوبًا.

والثاني: أقر له بثوب ولم يبينوا صفته؛ فتقبل الشهادة المطلقة [...][1] بما بين المسألتين، وأنه لو ادعى ملك هذه الضيعة بالإرث من أبيه، فأقام ذو اليد بينة أنه ورث من أبيه، ثم إن المدعي ادعى أن أباه وقف الضيعة عليه قبل أن باعها وأقام البينة.

قال القفال: لا تسمع دعواه؛ لأنه مكذب لنفسه فلا تسمع بينته إلا أن يشهدوا حسبة أو بدعوى غيره.

قلت: ويشبه أن تسمع دعواه إذا أبدى عذرًا يدل على صدقه كقوله: ظننت أني ورثتها ثم قال: ظهر لي كتاب أو أخبرت بأن أبي وقفها علي في حال صغري ولي بينة بذلك، ولم أعلم به إلا بعد دعواي ملكيتها بالإرث على أن كثيرين من العامة يسمي الوقف عليه ملكًا له وميراثًا، فيقول في دعواه: ملكي وملك أبي وجدي وهذا كتابي به ـ يريد كتاب الوقف ـ فمثل هذا لا يكون مكذبًا لنفسه، والله أعلم.

وأنه لو ادعى على آخر طبقة فأقام المدعى عليه بينة أنه أقر يوم كذا أنه لا حق له قبلي فقال: أنا أعترف كذلك، لكنه أقر لي بعد ذلك بهذه الطبقة، فقال

(١) بياض في الأصل.

....

القاضي للمدعى عليه: أتحلف بأنك لم تقر له بهذه الطبقة؟ قال القفال: لا يصح هذا؛ لأن أحدًا لا يحلف قط أنه لم يقر، ولم تسمع الدعوى على مجرد الإقرار ما لم يقل أنه يلزمه تسليمه إلي، فلا تسمع الدعوى إلا بأن يقول: وجب لي عليه كذا بعد إقراري ألا حق لي قبله، وكذا في الطبقة يحتاج أن يقول: قد ملكت هذه الطبقة التي في يده بعد إقراري ألا حق لي قبله.

وأنه لو ادعى دارًا فقال للحاكم: هي ملكي رهنتها من هذا لم تسمع؛ لأنه لا يمكنه أن يقول، ويلزمه تسليمها إلي ما دامت مرهونة، فالوجه أن يقول هي ملكي ورهنتها منه بكذا، وأحضرت المبلغ فيلزمه تسليمها إلي، وأخذ الحق مني، فإن أنكر كونها رهنًا في يده فحينئذ يقيم البينة أنه قد رهنها منه بكذا، وعلى هذا لو ادعى دارًا في يد رجل وقال: هي ملكي وأجرتها منه لم يمكنه أن يدعي قبل مضي المدة، فإذا انقضت ادعى كما سبق، فإما أن يقر أو يقيم بينة، إما بمطلق الشهادة وأنه آجره هذه الدار لا يثبت الملك للمدعي؛ لأنه قد يستأجر ملك نفسه من المستأجر إلا على من لا يجوزه، فحينئذ يتصور وأنه لو ادعى على رجل أنه غصب امرأته لم تسمع؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، وصار كما لو قال لرجل: صرت عبدي متى تدخل دارك.

نعم لو جاء إلى الحاكم وقال: امرأتي في بيت هذا وهو يمنعني عنها ولا يأذن لي أن أدخل داره وأخرجها، فإن لم يكن له بينة لم تسمع دعواه، وإن كان له بينة أقامها بأن تلك المرأة في داره فيسمعها القاضي، ثم الأمر إلى اجتهاده فإن رأى أن يختم باب الدار التي هي فيها فعل، وإن رأى أن يهجم على تلك الدار.

قلت: لا معنى للختم سيما إذا كان في الدار غيرها، وأنه لو أقام بينة أن فلانًا باعه داره، وهو صحيح العقل فأقام المشهود عليه بينة أنه كان يوم البيع مجنونًا.

قال القفال: بينة المبتاع أولى؛ لأن بينة الخصم شهدت أنه كان يوم البيع مجنونًا، ولم ينص على حالة البيع حتى أن عينًا وقت البيع فبينة الجنون أولى.

قلت: في تقديم بينة المبتاع نظر، وإن أطلقت بينة البائع؛ لأن قضية

....

إطلاقها استغراق الجنون اليوم لا أنه كان مجنونًا في جزء منه، والله أعلم.

وأنه لو أقام شاهدًا أنه أقر له بكذا يوم السبت وقت الزوال، فأقام الخصم شاهدًا أن اللفظ الذي قاله في ذلك الوقت كان إنكارًا، قال القفال والقاضي الحسين: يحلف كل واحد منهما مع شاهده وتكونان متعارضتين كما لو أقام بينة أنه قتل أباه يوم السبت فأقام بينة أنه كان غائبًا عن تلك الناحية، فإنها تسمع كذا هاهنا ولو أقام بينة أنه أقر له بكذا يوم الخميس وقت الظهر في موضع كذا، فأقام بينة أنه كان ذلك اليوم بموضع كذا من الغداة إلى غروب الشمس سقطت بينة المدعي وينقض الحكم إن حكم به، انتهى الملتقط من «فتاوى» القفال سوى ما سبق مفرقًا. وعن نقل الرافعي وأكثر ما ذكرناه يفهم مما سبق ولكن أحببنا نقله نصًا وكثير منه لا يسلم عن نزاع، فصل من فتاوى تلميذه القاضي الحسين ـ رحمهما الله ـ ذكر أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم لا يجعل مقرًا؛ لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم وأن بينتي الوقف والملك تتعارضان كبينتي الملك.

قلت: سبق يخرج منه وجوه في صورة الإقرار، وأما بينتا الملك والوقف ففي «روضة الحكام»: أنه لو أقام الخارج بينة أن هذه الدار وقف عليه وقفها مالكها، وأقام ذو اليد بينة على الملك فبينة ذي اليد أولى، وهذا هو الذي أفتى به الإمام النووي وغيره، وقال ابن سريج: بينة الوقف أولى؛ لأن الملك يزول بالوقف فشهادة الوقف بأمر زائد، ولو أقام بينة على الوقف فوجهان:

أحدهما: لا ترجيح باليد لأن اليد لا تدل على الوقف وإنما تدل على الملك.

والثاني: ترجح، انتهى.

وأنه لو ماتت امرأة وخلفت زوجًا وأختًا فادعى الزوج أن التركة كلها له يجعل المال نصفين:

أحدهما: له بحكم اليد.

....

والثاني: للميتة إلا أن النصف الذي بيد الزوج إنما يجعل له بعد اليمين؛ لاحتمال أنها لو كانت حية لادعت الكل وحلف الزوج، فإن كان الأخ غائبًا والأخت حاضرة يحلف في حق الأخت، فإذا رجع الأخ حلف أيضًا فإن أقامت الأخت البينة على أن الكل لها ولأخيها سمعت بينتها وثبت حق الأخ.

قلت: يجب أن يستثنى من التصنيف بحيث لا بينة ثياب بدن الميتة التي كانت عليها عند الموت، فإنها منفردة باليد فيها بخلاف بينة أثاث البيت وقماشه، وحينئذ يخلفها وارثها في اليد عليها، وإن من حبسه القاضي لا يجوز إطلاقه إلا برضا خصمه أو ثبوت إعدامه، وإن أطلقه برضاه فأراد إقامة بينة على إعدامه لم تسمع؛ لأنه لا حبس عليه بخلاف ما إذا استحق حبسه، وإن حق إجراء الماء في أرض الغير أو على سطحه أو طرح الثلج في ملكه تجوز الشهادة عليه إذا رآه مدة مديدة من غير مانع، ولا يكفي أن يقول الشهود رأينا ذلك سنين وإن كان ذلك مستند شهادتهم.

قلت: هذا ما أورده الشيخان هنا عن فتاوى القاضي ونورد منها أيضًا ما تيسر وتقدم عليه ما ذكره شريح في معنى الصورة المذكورة، قال: إذا شهدوا بأن له حق مسيل ماء في دار جاره، فإن شهدوا بماء المطر فقط فهو له، وإن شهدوا أن له مسيل ماء ولم يضيفوا إلي شيئًا مما ذكرنا فالقول قول صاحب الدار مع يمينه، انتهى.

ومن «فتاوى» القاضي: جمع البغوي أنهما لو اشتريا دارًا فتقاسماها فخرج نصيب أحدهما مستحقًا، قال القاضي: له الرجوع بحصته من الثمن على البائع.

وقال الفوراني: ليس له ذلك وللمسألة التفات على أن القسمة بيع أو إقرار حق فيما أحسب، وأنه لو اشترى دارًا فطالبه البائع بالثمن، فقال الدار لزوجتك لا لك، فقال: بل ملكي فله إجباره على أداء الثمن إليه ثم للمقر له انتزاع الدار منه بإقراره ولا رجوع له على البائع، ولو قال البائع: هي لزوجتي وكلتني في بيعها، نظر إن كانت الموكلة حاضرة وصدقته فله إجباره، وإن

....

كانت غائبة فله أيضًا إجباره على دفع الثمن إليه؛ لأنه بإقدامه على الشراء مقر بصحة القبض له وسبق عن «فتاوى» القفال: أنه لو قال المشتري للوصي لا أسألك الثمن حتى تثبت وصيتك عند الحاكم أن له ذلك، وقياسه أنه لا يلزم هنا دفع الثمن حتى يثبت الزوج الوكالة، فتأمله!

وأنه لو ادعى عليه أنه باعه دارًا فأنكر فأقام بينة على بيعه أو إقراره به، فقال: كنت صغيرًا وقت البيع صدق بيمينه؛ لأن الأصل بقاء الصغير إلا أن يقيم المدعي بينة على كونه بالغًا يوم البيع أو على إقراره بأنه كان بالغًا.

قلت: مجرد كونه بالغًا لا يلزم منه الرشد وإطلاق التصرف، فلم لا يشترط أن تتعرض البينة لذلك ليقع الحكم في محله، وأنه لو وكل وكيلًا ببيع شيء فباعه من رجل وباعه الموكل من آخر ولم يعرف السابق منهما لم يحل لواحدٍ منهما فيما بينه وبين الله أن يحلف على السبق بل يوقف إلى أن يقر أحدهما لصاحبه، ثم إذا ادعى من ليس المبيع بيده على من هو بيده السبق؛ فالقول قول ذي اليد بيمينه لا يعلم أنه اشتراه قبله، وأنه لو أقر في مرض موته بأن ما في هذه الدار والدار لفلان، ومات فتنازع الوارث والمقر له في متاع، فقال الوارث: لم يكن في الدار وقت الإقرار وعاكسه المقر له فالقول قوله، وعلى الورثة البينة أنه نقل إليها بعد الإقرار، قال البغوي: وعندي لا تسمع الدعوى على أنه كان في الدار؛ لأن كونه فيها غير مقصود بل يدعي أن الأب أقر له به، والقول قول الدار الوارث بيمينه بأني لا أعرف إقرار الأب، انتهى وسبق هذا الفرع أو نحوه بزيادة كلام. وأنه لو أقر بأن جميع ما في يده ملك فلان، وأشهد عليه شهودًا، ثم مات فكل شيء علم الشهود أنه كان في يده وقت إقراره لهم أن يشهدوا به، وما لم يعلموا كونه في يده حينئذ لم يجز لهم أن يشهدوا به، وأنه لو أتت امرأته بولد، فقال: ليس هذا مني فقال: فشهد أبوه مع أجنبي أنه أقر أنه ولده هل تقبل شهادته؟ قال القاضي: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا؛ لأنه شهد لولد ولده.

وأصحهما: تقبل احتياطًا للنسب، ولأنه شهد على ابنه، وإن كان في

....

ضمنه الشهادة لحينئذٍ، وأنه لو كان بينهما عرصة مشتركة فادعى مدعٍ نصيب أحدهما، فشهد له الشريك الآخر فردت شهادته ثم اشترى آخر نصيبًا شريكه فللشاهد المردود أخذه بالشفعة، ثم يجب عليه تسليمه إلى من شهد له كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه صح الشراء، وحكم بعتقه عليه.

قلت: أخذه الشقص بالشفعة قهرًا مشكل؛ لأن قضية شهادته بطلان الشراء فكيف يتسلط على الأخذ قهرًا بخلاف شراء العبد، والله أعلم.

وإنه لو زوج الحاكم امرأة مجهولة النسب، ثم جاء رجل وقال: أنا أبوها وكنت في البلد فالنسب ثابت والنكاح مفسوخ؛ لأن تزويج الحاكم لا يجوز عند وجود الأب، وإن كان غائبًا صح النكاح.

قلت: وفيه إشكال إن كان الفرض أنه إنما ثبت النسب بتصادق المدعي والمجهولة لما فيه من إبطال حق الزوج، وقد ذكر قبل: أنه لو أقر بنسب زوجة ابنه وهي مجهولة النسب زوجها الحاكم أنه لا يبطل النكاح ووافقه العبادي، ونقل المزني في «المنثور» عن الشافعي قال المزني: وفيه وحشة، وذكر القاضي: كره أنه ينفسخ النكاح والمشهور الأول، وأنه لو كان له عبد أو فرس، فقال: إن هذا ملك هذا الغلام وأشار إلى عبده، وقلنا: لا يملك بالتمليك هل يحكم له بالحرية ليحكم له بالملك بحقيقة القول؟ فقال: يحتمل وجهين، كما لو قال لآخر بعني هذا يكون إقرارًا له بالملك على أحد الوجهين إلا أن الظاهر في البيع أنه إقرار بالملك وهاهنا لا يكون إقرارًا بالحرية، وجه الحكم بالحرية أن الملك لا يتصور له فلما أقر بالملك كأنه أقر له بالحرية، كما لو قال لزوجته: هذه زوجة فلان يحكم بارتفاع النكاح كذا هاهنا، ووجه المنع أنها إضافة مجاز كإضافة السرج إلى الدابة بخلاف الزوجة.

قلت: ويجب أن يكون الفرض فيمن لم تعهد زوجة لفلان، أما لو كان قد نكحها قبله وقال: أردت أنها كانت زوجة له لم يحكم بارتفاع نكاحه قطعًا على أن في ارتفاع النكاح عند جهالة الحال واحتمال صدقه أنه أراد ذلك وقفه، والله أعلم.

....

وأنه لو باع دارًا ثم ادعى ابنه بأنه وقفها علينا وعلى أولادنا، ولم يقل ثم على أولادنا وأقام بذلك بينة حكم ببطلان البيع، فلو أقام المشتري بينة بأنه أقر أنها كانت ملكًا لأبي حين باعها، وهناك أولاد سمعت، وتبطل دعواه في نصيبه دون نصيب الأطفال، وليس له أن يدعي نصيب أولاده ولا يحكم ببينته لا له ولا للأطفال لحق وجه بإقراره عن كونه قيمًا لهم في هذه الدار، بل ينصب الحاكم فيما يدعي على المشتري يقيم البينة.

ثانيًا: على نصيبهم إن شاء نصب أجنبيًا، وإن شاء نصب ابن البائع والبينة التي أقامها إما بطلت في حق أبيهم لا في حقهم.

قلت: وإذا كان كذلك، فلا حاجة إلى إعادة الدعوى والبينة عليهم، فلو أن الابن المدعي للوقف ادعى بأني كنت جاهلًا بالوقف يوم الإقرار.

قال العبادي: تسمع دعواه ويحلف.

قلت: وهذا هو الصحيح ويجب الجزم به إذا دلت القرائن على صدقه كما لو كان طفلًا وقت الوقف، وأنه لو ادعى بأمر القاضي حانوتًا موقوفًا على الفقراء، فقال المدعى عليه: ليس هو في يدي، بل هو لابني وفي يده يدعي عليه القيمة ويأخذها القاضي بعد الثبوت ولا يفرقها عليهم كل متصرف فيها فما ربح صرفه إلى الفقراء، فإن انتزع العين الموقوفة ممن هي في يده رد القيمة على المدعى عليه الأول؛ لأنه أخذها للحيلولة.

قلت: وهذا الفرع مشكل ويحتاج إلى تحرير تصويره، وهل المراد بقوله: ويأخذها القاضي بعد الثبوت، أي: بإقراره بعد إنكاره أو تغير ذلك إذا قلنا: لا تنصرف الخصومة عنه أو كيف الحال؛ لأنه لو قامت بينة بأنها وقف على الفقراء انتزعت في الحال حيث لا معارض لها، وإن عورضت ببينة داخل ورجحناها باليد فلا غرم، فتأمله!

وأنه لو ادعى وصي عن صغير أو عن نفسه على رجل أن دارًا في يده لهذا الصغير، فقال: هي وقف على ابنه الصغير فأقام المدعي بينة توافق دعواه، ثم

....

أقام الآخر بينة عن أبيه أنها وقف عليه وقفها مالكها، ولم يسموا الوقف فأقام المدعي بينة أنها للصغير المدعى له، وكانت بيد الوصي إلى أن غاب فاستولى عليها رجل فباعها من هذا المدعى عليه، ثم وقفها المدعى عليه على ابنه الصغير، أو أقام بينة أنها ملك لي غصبها فلان وباعها من قيم هذا الصبي المدعي هل يكون ذلك دفعًا؟

أجاب القاضي: بأن البينة التي للصغير ذي اليد أولى، وليست البينة الأخرى دفعًا.

قلت: فيه نظر، والمتبادر خلافه، والله أعلم.

وأنه لو ادعى على رجل أن الدار التي بيدك وقفها، أي: علي وعلى أولادي، وذكر الشرائط وأقام بينة على ذلك، فقيل له: منذ كم مات أبوك؟ قال: منذ تسع وعشرين سنة، وقيل للشهود: منذ كم مات أبوه؟ فقالوا: منذ خمس وعشرين سنة، لم يبطل اختلافهما في تاريخ موته الشهادة، فلو قال الشهود في شهادتهم: وقفها أبوه منذ تسع وعشرين سنة، ثم سُئل المدعي فقال: مات أبي منذ خمس وعشرين سنة تبطل شهادتهم؛ لأنه كذبهم.

قلت: كذا رأيته في النسخ ولعل صوابه وقفها، أي: من كذا وكذا لا مات؛ لأن قوله: مات منذ خمس وعشرين سنة ليس فيه تكذيب لهم أو يكون الصواب مات أبي منذ خمس وثلاثين سنة، والله أعلم.

وأنه ورد كتاب قاضي سرخس بقضاء مبرم إلى قاضي مرو بأن زيدًا ابن عم فلان الميت وعصبته ومستحق لجميع تركته، فبحث قاضي مرو فظهر للميت ثلاث بنات بمرو فصرف إليهن ثلثي المال، فهل يستحق ابن العم الباقي بحكم قاضي سرخس أم يبطل قضاؤه فيه كما بطل في الثلثين؟

أجاب القاضي: لا يبطل قضاؤه فيه كما لو أقام بينة عند حاكم مرو أنه أخو الميت، ثم ظهر بعد ذلك للميت ابنتان لا تبطل أخوته، قال: ويسع حاكم مرو أن يعلق الأمر فيه حتى يشهد الشهود ثانيًا، ويجتهد فيه.

....

وسُئل العبادي عن هذه المسألة فقال: كان من حق قاضي سرخس أن يذكر في كتابه ثبوت نسب ابن العم فقط، فأما كتبته أنه مستحق لجميع التركة، وأني حكمت له بالجميع فلم يكن له ذلك، وأنه لو وكل رجلًا بتطليق زوجته فطلق، ثم أنكر الموكل الطلاق أو التوكيل يجب على التوكيل أن يشهد حسبة بأنه طلق زوجته ولا يذكر أنه وكله؛ لئلا يمتنع قبوله ولو وكله بشراء شيء فاشتراه، ثم ادعاه مدع على موكله هل يجوز للوكيل فيما بينه وبين الله ﷻ أن يشهد لموكله بالملك؟

قال القاضي: نظر إن كان لو ادعى رجل على البائع منه بالملك كان الوكيل يستجز من نفسه أن يشهد للبائع بالملك جاز له أن يشهد لموكله بالملك وإلا فلا، وإذا جوزنا له ذلك يشهد بأنه ملكه لا أني اشتريته له.

قلت: هذا هو الصواب، ووهم جماعة في المسألة كما سبق بيانه، وأنه لو ادعى دارًا بيد رجل وأقام بينة بأن حاكمًا جائز الحكم كان قد حكم له بهذه الدار غير أن المدعى عليه كان غير هذا المدعى عليه.

قال القاضي: شهدت أنها ملك هذا المدعي سمعت وإلا فلا؛ لاحتمال أنه وهبها له أو باعها منه بعد ذلك ولو شهدوا بدار، ثم أقر المدعى عليه بها لآخر فهل يلزم إقامة البينة على وجه المقر له، فلو ادعى ثم أقر المقر له لثالث فإنه لا يتناهى وربما يموت الشهود؟ أجاب القاضي: إذا شهدوا على رجل بدار على الحاكم أن يحجر على المشهود عليه فيها حتى لا ينفذ تصرفه فيها ثم إقراره لغيره لا يسمع.

قلت: إن كان التصوير فيما إذا طلب المدعي ذلك أو كانت الدعوى عمن لا يعبر عن نفسه لصغر أو جنون أو سفه أو غيبة أو موت فذاك، وإن كانت من مدع لنفسه ولم يطلب الحجر ففيه نظر.

وأنه لو ادعى عليه عشرة دنانير، فقال: هي من ثمن متاع بعته مني وقد رددته عليك ولا يلزمني تسليم هذا المال إليك، فقال المدعي: أنا أدعي عليه

....

مطلقًا، قال القاضي: لن يحضر تلك العين المبيعة ويحلفه أنه لم يدع المال من جهة تلك العين الحاضرة.

قلت: وفي تكليفه إحضار العين بمجرد ما ذكر إشكال، وينبغي أنه إذا أحضرها وحلف أن تكون مؤنة الحمل إلى المجلس والرد على المدعى عليه، ولو ادعى عليه عشرة فقال: أقر بخمسة وأحلف على خمسة فله ذلك، ولو قال: أحلف على خمسة وأرد اليمن على خمسة ليس له ذلك؛ لأنه في الأولى حصل مقصود المدعي في البعض وهاهنا بخلافه، وأنه لو ادعى عليه ألفًا عن ثمن دار اشتراها منه وأنه سلمها إليه، فقال: رددتها عليه بعيب، فقال المدعي: قد أقر بالشراء فمره بتسليم الثمن إلى أن يبين العيب، فقال: إنما اشتريتها بخمسمائة لا بألف، قال القاضي: يجعل قوله السابق إقرارًا بالألف؛ لأنه جواب ترتب على دعواه به، وقال قبل هذا الموضع: أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم هذا المال إليك اليوم لا يجعل مقرًا؛ لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم، وإنما يثبت بالصريح، انتهى والصريح الواقع هنا مطلق الشراء فتأمله.

وأنه لو ادعى عليه قيمة عين أتلفها عليه وله بينة كيف يشهد؟ قال: يشهد بأنه غصب منه عينًا صفتها كذا وكذا، ثم أهلكها عليه حكمًا بإقرار أو بيع وعليه قيمتها حينئذ على القاضي أن يقبل.

وأنه لو ادعى حسبة على من بيده غلام صغير أنه حر الأصل، وأنه ابن ذي اليد، فقال: إنما هو ملك ابني وليس هذا ابني لم يحلف؛ لأنه لو أجاب بأنه ابني لم يحكم القاضي بحريته، ولا يقبل إقراره على ابنه الطفل المقر له، فإن كان للمدعي بينة سمعت وإلا بقي الغلام رقيقًا، نعم لو جاء هذا المدعي مع غيره وشهدا حسبة بأنه ولده ولدته امرأته على فراشه فأقر به تسمع.

قلت: قوله فأقر به يفهم أنه لو أنكرها لم تسمع وهو بعيد.

وأنه لو ادعى ضيعة فأنكر؛ فأقام بينة بأنه أقر له بها منذ شهر؛ فأقام ذو اليد بينة بأنها ملكه لم يكن دفعًا؛ لاحتمال اعتمادهم ظاهر اليد والتصرف

....

فإقراره مقدم، ولو أن الخارج أقام بينة مطلقة وصاحب اليد بينة مطلقة تعارضتا وأقرت في يده بحكم اليد؛ فأقام الخارج بينة بأنه أقر له بها قبله بشهر وأنها ملك له حكم بها للمدعي كالمسألة الأولى، فلو أقام ذو اليد بينة أخرى أنه اشتراها منه في زمان هو دون شهر حكم لذي اليد، ولو أعاد الخارج البينة التي شهدت بمطلق الملك على أن صاحب اليد أقر له بها قبله بشهر لم يكن دفعًا لبينة ذي اليد؛ إذ لا تضاد بين الأولى والثانية.

وأنه لو ادعى عليه دارًا فأنكره وقال: هي ملكي ورثتها من أبي، ثم قال للمدعي: ألم تكن بعتها مني أو من أبي؟ نزعت منه وسلمت للمدعي بإقراره هذا، ثم جاءت زوجته فأقامت بينة أنه أصدقها إياها تنزع من المدعي وتسلم إليها بينتها، ثم المدعي يغرمه قيمتها؛ لأنه أتلفها عليه بإصداقها الزوجة.

وأنه لو ادعى عينًا وأقام بينة فقضي له بها، ثم ادعى عليه مدع أنها ملكه وأقام بينة؛ فأقام ذو اليد بينة أن القاضي قضى له بالملك فبينة الخارج أولى؛ لأنها تشهد بالملك مطلقًا وبينة ذي اليد تشهد بالقضاء، فهو كما لو شهدت بأنه كان بالأمس ملكًا له، وإن شهد شهود ذي اليد بأن القاضي قضى له بالملك ولا نعرف زوال ملكه فحينئذ تكون بينته أولى، وأنه لو ادعى نصف دار مشاعًا وأقام به بينة فقبل الحاكم له بالملك رجع، وقال: لم أدع نصفها على الشيوع بل أدعي نصفها مُفْرَزًا، فكذبه الحاكم ومنعه عنه فعاد إلى رأس الدعوى وادعى مشاعًا، فهل تسمع دعواه؟

ثانيًا: وهل يحكم بتلك الشهادة؟

قال القاضي: إن قال: أنا لا أدعي إلا هذا النصف معينًا لا غير، فهذا اللفظ كذب شهوده ونفسه، فإذا رجع وعاد إلى رأس الدعوى لا تسمع إلا بسبب حادث.

قال البغوي جواب السؤال ثم بسط القاضي الكلام وصور المسألة في عبدين ادعى نصفهما على الشيوع، ثم رجع وادعى أحدهما، هل تسمع دعواه؟

....

وعلى العكس لو ادعى أحدهما ثم رجع وادعى نصفهما على الشيوع، ثم عين أحدهما وادعاه وجب أن تسمع؛ لأنه إلى الآن كان يدعي النصف من الآخر فهذا التعيين ترك الدعوى في نصف ذلك، ومن ادعى شيئًا ثم ترك الدعوى في بعضه لا يضره ولا تبطل دعواه، ففي الباقي وفي الذي عين إلى الآن كان يدعي نصفه، والآن يدعي كله فتسمع دعواه أيضًا؛ لأن من ادعى دارًا لم يكن مقرًا لخصمه بالنصف الآخر منها، والمدعي في دعواه بالخيار إن شاء ادعى الكل دفعة واحدة، وإن شاء ادعى في دفعات ولو ادعى أولًا أحد العبدين معينًا، ثم ترك تلك الدعوى وادعى نصفها على الشيوع تسمع دعواه أيضًا؛ لأنه ترك الدعوى في نصف الذي عينه أولًا، وزاد دعوى نصف العبد الآخر، وله ذلك إن تخصيصه أحدهما بالدعوى لا يكون إقرارًا لخصمه بملك الآخر، هذا كله إذا ادعى مطلقًا، فأما إذا فسر الدعوى وقال: هذا العبد بيننا نصفان على الشيوع، ثم عين بعد ذلك أحدهما في الدعوى تسقط دعواه عن نصف العبد الآخر ولا تسمع دعواه إلا في النصف العين؛ لأنه أقر لشريكه بنصف من عينه الآن.

وأنه لو ادعى عينًا وأقام شاهدين شهد أحدهما أنه ملكه ورثه من أبيه، فالأظهر أنها شهادة مختلفة لا يحكم بها، وقيل: تقبل ويقضى بها؛ لاتفاقهما على أصل الملك، وإنما اختلفا في شيء زائد فلو أنهما بعد ذلك اتفقا على جهة واحدة، فشهدا أنه ورثه من أبيه، أو شهدا له بالملك مطلقًا هل تقبل؟ قال: ينظر إن وقع للقاضي ريبة في أنهما أخذا شيئًا من المشهود له أو ما أشبهه لا تقبل، وإن لم يقع تقبل ويقضى به.

وأنه لو ادعى عينًا فقال ذو اليد كانت له إلا أنه باعها مني فأنكر البيع فشهد لذي اليد شاهدان بأن العين ملكه، ولم يتعرضا للشراء من المدعي؛ قال: تقبل بينته على الملك؛ لأن يده قد بطلت بالإقرار فهو يدعي ملك عين لا بد له عليها وأقام بها بينة، وذكر قبله أنها لا تسمع حتى يشهدوا على الشراء منه.

قلت: وهذا هو الصحيح كما سبق وأنه لو عارض الداخل الخارج ببينة، فأقام الخارج بينة بأن شاهد الداخل هو بائعها من الداخل؛ أبطل بينته بذلك،

....

أو بان أنه أبو البائع الذي باعها من المدعى عليه؛ لأنه يشهد لابنه البائع من الداخل.

وأنه لو أقام بينة بعد تعارض البينتين بأن شاهد المدعى عليه اسْتَامَ أو ابتاع للغير من المدعي؛ قضي بها للمدعي، وتبطل بينة ذي اليد.

وأنه لو زوجها الحاكم ظانًا بلوغها، ثم مات الزوج فادعى الوارث أنها كانت صغيرة حالة العقد؛ فالنكاح باطل فأنكرت فالقول قول الوارث؛ لأن الأصل بقاء الصغير كما لو ادعى القاذف أنه كان يوم القذف صغيرًا، فالقول قوله بيمينه، وكذا لو ادعى البائع أنه كان يوم البيع طفلًا صدق بيمينه.

قلت: وفي تصديقه الوارث في الصورة الأولى نظر، ولعل القاضي فرعها على مذهبه أن القول قول مدعي الفساد كما سبق إيضاحه في البيوع.

قال القاضي: ولو نكح امرأة، ثم ماتت قبل الدخول فادعى وارثها المهر، فقال الزوج: كنت طفلًا فلم يصح العقد صدق بيمينه، فلو أقيمت بينة على بلوغه يوم العقد أو على إقراره به قبلت، ولو قالت الزوجة: كنت أقررت بالبلوغ يوم العقد، فقال الوارث: بلى، ولكن كنت كذابة له أن يحلفها أنها كانت بالغة يوم أقرت، ويتفرع عليه أن امرأة لو أقرت ببلوغها إن قالت: بلغت بالحيض في زمن يحتمل؛ تقبل، وإن قالت: بالسن؛ يحتمل وجهين:

أحدهما: تقبل كالحيض وأصحهما لا؛ لأن إقامة البينة عليه ممكنة بخلاف الحيض، نظيره لو ادعت انقضاء العدة بالحيض في زمن يحتمل تقبل، ولو ادعت انقضاءها بالأشهر عليه البينة أنه طلقها في شهر كذا وقت مضت ثلاثة أشهر، وإن أطلقت الإقرار بالبلوغ هل تقبل؟ وجهان.

قلت: وإقامة البينة على الحيض ممكنة على الصحيح كما سبق، وأكثر ما ذكره مفرع على تصديق مدعي الفساد ووافقه البغوي عليه، وفصلناه فيما تقدم لو ادعى أنه باعه هذه الدار فأنكر فأقام بينة أنه باعها منه، وكانت ملكه يوم البيع، وكان بالغًا ليس للحاكم أن يسأل الشهود بأنها الآن ملك المشتري أم

....

لا ، فإن سألهم فقالوا لا ندري لم يمتنع القضاء، بل يجب عليه أن يقضي؛ لأن شراء المدعي ثبت بشهادتهم، ولو لم تقبل البينة، وكان بالغًا يوم البيع صحت الشهادة غير أنه إذا ادعى بعد ذلك أني كنت صغيرًا يقبل قوله، وعلى المدعي بينة أخرى على بلوغه وقت البيع.

ثم قال في جواب آخر: لو سألهم الحاكم أنها ملك لمدعي، فقالا: لا نعلم فرد شهادتهما ثم عادا وشهدا بالملك لا تقبل، وإن أجابا وقالا: حتى ننظر، ثم عادا وشهدا بالملك تقبل بخلاف ما لو قالا: لا نعلم، ثم قالا: نسينا وتذكرنا؛ لأنه وقعت ريبة في شهادتهما.

وإنه لو ادعى عليه دارًا فأنكر فأقام المدعي بينة بأنها ملكه اشتراها من فلان، فقال لهم القاضي: هل كانت ملكًا لبائعها؟ فقالوا: حتى ننظر ثم عادوا، وقالوا: الآن صح لنا أنها كانت ملكًا لبائعها يوم البيع لا تقبل الشهادة؛ لأن العلم بالملك شرط يوم الشهادة، أو العلم بأنها في يده يوم البيع يتصرف فيها تصرف الملاك لا منازع له فيها، وهاهنا لم تكن الدار في يد البائع حين شهدوا بأنها ملكه فلا تقبل الشهادة على الملك للبائع.

وإنه لو ادعى قيم صبي مالًا، فقال الخصم: من تدعي من جهته بالغ فليس لك أن تدعي عنه، فقال القيم: أحلف بأنك لا تعلم أنه صغير، فإن حلف على نفي علمه سقطت الخصومة من جهة القيم، وإن لم يحلف فالقيم يحلف بلا خلاف، وهل يحلف الصبي فيقول والله إني صغير؟ وجهان بناء على القولين في تحليف أسير ادعى أنه أثبت بالعلاج.

قلت: وهذا كله لا يجيء على ظاهر المذهب، بل بعضه.

وأنه لو زوج ابنته وزفها مع الجهاز، وقال: هذا جهاز ابنتي فهو ملك لها يورث عنها، ولو لم يقل ذلك فماتت فادعى الزوج أنه جهازه، فلي فيه الميراث، وقال الأب: بل أعرتها؛ فالقول قول الأب مع يمينه.

قلت: وفيه وقفة إذا كانت بالغة رشيدة، وفي الأولى احتمال في كونه

....

إقرارًا لها بالملك فيه؛ لأنه ليس بصريح ويستعمل هذا اللفظ في العادة فيما يبعث معها للتجمل، وإن كان مستعارًا أو مستأجرًا.

وأنه لو باع دارًا بحضور فقيه، ثم صار الفقيه قاضيًا، فادعى البائع بعد عشرين سنة عنده أن تلك الدار ملكه، وأقام بينة مطلقة على ذلك لا يجوز للقاضي أن يقضي له بالملك؛ لأنه علم انتقال الملك منه إلى المدعى عليه، ويجب على القاضي الامتناع عن القضاء بعلم نفسه إلا أن يدعي انتقالها من المشتري إليه ببيع أو هبة فتسمع ويقضى له بالبينة.

وكذا لو مات هذا المشتري فادعى البائع على وارثه عند هذا القاضي لا تسمع إلا أن يدعي نقل الملك من المورث أو الوارث، فلو أن هذا المشتري باع الدار من رجل، ثم جاء البائع وادعى على المشتري الثاني عند هذا القاضي تسمع دعواه؛ لأنه لا يعلم انتقال الملك من المدعي إلى هذا المدعى عليه.

قلت: لكن قد يعلم أنه إنما يدعي بالملك الذي تقدمت دعواه به على الوارث، وحينئذٍ في سماع دعواه من غير ذكر الانتقال نظر، والله أعلم، هذا ما تيسر نقله من فتاوى القاضي ـ رحمه الله تعالى ـ ومن فتاوى البغوي رحمه الله.

رجل يجري ماءً في ملك الغير إلى ملك نفسه، فقال صاحب الملك: لا حق لك فيه إنما هو عارية وادعاه المجري، فالقول قول صاحب الملك بيمينه.

قال: فإن طالت مدة إجراء الماء على رسم الملاك ولم ينازعه صاحب الملك ولا غيره جاز أن يشهد له بالاستحقاق.

قلت: ظاهر كلامه أن القول قول المالك وهو ظاهر إذا علم أن الإجراء إنما حدث في زمان ملك هذا المالك، أما لو لم يُعلم ابتداؤه فلا كما سبق غيره مرة.

أقر بدين معلوم لزيد فأقر زيد به لعمرو، قال: فلعمرو أن يدعي به على المقر ويسع البينة أن تشهد جزمًا بأنه يلزمه تسليمه إليه من غير ذكر الجهة والسبب وليس للقاضي أن يستخبرهم عنه، ولو أن المقر ادعى أن المقر له أولًا

....

أبرأه عن ذلك المال لا تسمع دعواه، ولا يلتفت إليه؛ لأنه بعدما أقر بالمال للغير لا يصح إبراؤه عن ملك الغير فلا تسمع الدعوى.

قلت: وقضية هذا أنه لو ادعى إبراء متقدم التاريخ على الإقرار به للغير أنه تسمع دعواه أنه كان له به بينة وهو ظاهر، وينبغي أن تسمع للتحليف ليرجع عليه بما أوقعه فيه من الغرم بإقراره بعد إبرائه له إذا كان قد استوفى منه المقر له، والله أعلم.

إذا قال: المواضع التي أثبت أساميها وحدودها في هذا الكتاب ملك فلان فلا يصح إقراره بها، ولا يجوز إن سمعه أن يشهد عليها إذا لم يكن يعرفها أي: وله أن يشهد عليه بما لفظه، ثم يلزم المقر البيان.

ادعى أنه باعه عبدًا بألف وسلمه إليه وأقام بينة على إقراره بذلك، فقال: إنما أقررت باللسان ولم أقبض فأقام المدعي بينة بأنا رأينا ذلك العبد في يده، وقال: إنه الذي اشتريته من فلان بألف، فقال المدعى عليه: أقررت ولم يكن وصل إليَّ فله تحليف المدعي على أنه قد سلم؛ لأنه قد يكون في يده بسبب لا بتسليم من جهة البائع.

شهدا أنه أقر لفلان بكذا وكان ملكه يوم الإقرار، وشهد أنه أقر له به وكان ملكًا له إلى أن أقرا، وقالوا: كان ملكًا له قبل الإقرار لا تقبل.

قلت: في هذه الصورة الأخيرة وقفة وكذا في اللتين قبلها، وهذا الفرع مما تعم به البلوى وتقع الشهادة من العوام في صكوك الأقارير هكذا ونحوه، ويحتمل أن يخرج على تبعيض الشهادة أو يقال: يستفسرهم الحاكم عن ذلك ويعمل على تفسيرهم من قبول ورد، ولا سيما إذا كانت الشهادة ألا يعبر عن نفسه والجهل يوقعهم في ذلك.

أقر له بألف بحضرة القاضي أو بينة، ثم قال: لم يصل إلى سببه له تحليف المدعي فلو قضى عليه بالمال ببينة المدعي بعدما ادعى المدعى عليه هذه الدعوى، ولم يحلف المدعي وجب أن ينفذ قضاءه لأجل البينة.

....

قلت: هذا ظاهر إن كان القاضي لا يرى التحليف على الإقباض، فإن كان يراه فلا سواء تعمد أو نسي.

ادعى دارًا في يد إنسان أنها كانت ملكًا لجدي، فانتقلت منه إلى أبي إرثًا ومنه إليَّ واليوم ملكي، وأقام بينة فأقام ذو اليد بينة أنها كانت ملكًا لأبيه واليوم ملكي لا يكون دفعًا حتى يبين وجه الانتقال من أبيه إليه فلو أنه أقام بينة أنها ملكه مطلقًا فأقام المدعي بينة أنه كان أقر أنه كان ملكًا لأبي تسمع ويحكم له حتى يقيم ذو اليد بينة، ويبين وجه الانتقال إليه أقام بينة أن هذه الدار وقفها جدي على أولاده وأولادهم منذ عشر سنين وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه أو أني اشتريتها من أبيه فهي ملكي فبينته أولى، وإن قال: اشتريتها من جدك فبينة المدعي أولى للتاريخ.

قلت: هكذا رأيته في «نسخ الفتاوى» ولعل فيه خللًا من ناقل.

في يده دار من سنين كثيرة فمات فادعت أخته أنها كانت ملكًا لأبينا وصارت ميراثًا لي ولأخي وأقامت بينة، فأقام ابن الميت بينة أنها كانت ملكًا لأبي ورثتها منه، ثم أقامت الأخت بينة على الميت بأنه أقر أنه ورثها من أبيه فيثبت الحق للأخت، ولو أقام أجنبي بينة بشرائها من الميت وأقامت الأخت بينة على إقرار الميت بالإرث حكم للأخت بما تدعي.

قلت: كلامه في الصورة الأولى يفهم أنها لو لم تقم بينة على إقرار أخيها بالإرث لا يحكم لها، وفيه وقفة للمتأمل؛ لأن الظاهر أن بينة ابن الأخ شهدت بالملك له بظاهر اليد.

ادعى دارًا لها وقف عليه فأنكر ذو اليد فأقام المدعي بينة وقضى القاضي بالوقفية وسلمها إليه، ثم ادعى مدعٍ عليه بأنها ملكي بعته مني بكذا قبل دعواك الوقفية وسلمته إليَّ وأقام عليه بينةً؛ قال: لا يبطل الوقف وعلى مدعي الوقف رد الثمن على مدعي الشراء منه؛ لأن الحق في الوقف لا يختص به؛ بل هو ملك زال إلى الله تعالى كالعتق والحق فيه لأقوام غير معينين وبعد القضاء

....

بالوقفية، وزوال الملك إلى الله تعالى لا حكم لبيع الموقوف عليه.

رجل وامرأة يسكنان دارًا فادعى أنها زوجته والدار له وادعت أنه عبد والدار لها؛ قال: يحلف الرجل على نفي الرق وهي على نفي الزوجية ويحلفان على الدار وتبقى بينهما، وإن أقام أحدهما بينة قضي له وإن أقاما بينتين فبينتها أن الرجل عبدها أولى؛ لأن من ادعى حرية الأصل فأقام رجل بينة على رقه؛ كان رقيقًا وإذا حكمنا لها بملكية الرجل كانت الدار لها.

قلت: وروى شريح الروياني تعارض البينتين، وقيل: تقدم بينة الرجل وهو قضية ما حكاه الهروي عن الأصحاب كما سبق أن بينة الحرية مقدمة على الرق خلافًا للشيخ أبي حامد، وعلى تقديم بينة الرق جرى المراوزة والرافعي كما تقدم.

أقر بعض الورثة بوقفية بعض التركة وأنكر بعض قبل قوله في نصيبه فلو قسمت التركة بينهم ووقعت عين في نصيب أحدهم، فأقر أن الأب وقفها وأنكرها الباقون؛ فهي وقف بزعمه ولا رجوع له على الآخرين، فإن أقام بينة بذلك رجع.

وكذا لو وقع عبد في نصيبه فادعى أن الأب كان أعتقه وأنكروا لم يرجع عليهم بشيء، فإن أقام بينة قبل ورجع في التركة فتقسم ثانيًا.

ادعى عليه ألفًا فقال المدعى عليه: صالحني منها على خمسمائة ووهبت مني خمسمائة ولي بينة فعجز عن البينة قال: لم يكن إقرارًا؛ لأنه لم يقر أنه يلزمه فقد يصالح على الإنكار، وكذا لو أقام البينة على وفق قوله لا يحكم بالباقي.

قلت: قوله: ووهبت مني كقوله: أبرأتني منها وسبق بيانه.

ادعى على امرأة أني دفعت إليك مالًا فأنكرت وقالت: دفعته إلى ولدي ومات الولد وصارت التركة للأم هل للمدعي أن يأخذ منها بلا بينة؟ قال: ليس لك ذلك إن كان مصرًا على قوله الأول؛ لأنه ليس يدعي على التركة وإنما يدعي عليها، وفي نسخة ليس له ذلك إن كانت مصرة على قولها الأول.

....

قلت: وفي الرجوع مطلقًا من غير اعتراف منها بالاستحقاق في التركة نظر إن كانت الصورة في الوديعة؛ إذ لا يلزم التضمين بمجرد ذلك فتأمله!

أقام خارجي بينة قضي له بها ثم أقام ذو اليد بينة قضي له بها على الأصح، ولو جاء أجنبي وادعى بعد القضاء للخارج الأول الملكية وأقام البينة بها فأقام الخارجي الأول البينة أن القاضي قد قضى له بالبينة؛ لأنه ترجح جانبه بالقضاء كما لو ترجح باليد قال: وكذلك كل بينتين تعارضتا واتصل بإحديما قضاء القاضي يرجح كما ترجح بينة ذي اليد.

قلت: هذا جواب منه على أحد وجهين سبقا عن ابن سريج في الترجيح بحكم الحاكم ولم أر ترجيحًا.

لو أقام مدعي الوقف البينة وقضى له القاضي، ثم أقام ذو اليد أو ولده البينة أنه كان أقر لولده قبل دعوى مدعي الوقف لا تسمع؛ لأن الحكم بالوقفية نافذ على الأب والولد جميعًا وكذلك بعدما قضى بالوقف.

جاء أجنبي وادعى أنها ملكي وأقام البينة فحكم القاضي بالوقف مقدم شخص بالغ في يد شخص يستخدمه مدة بحكم الرق ويتصرف فيه تصرف الملاك؛ رأيت للشيخ القفال أنه إذا ادعى أنه حر الأصل أنه يقبل قوله، ولو ادعاه آخر فليس لمن رآه في يده أن يشهد لذي اليد بالملك بخلاف العقار والأصل في العقار؛ لأن الملك والأصل في الناس الحرية.

قال البغوي: وعندي أنه كالعقار لا يقبل قول العبد إذا طالت مدة تصرفه تصرف الملاك كالصغار وكالعقار؛ بل هذا أولى؛ لأن الصغير لا قول له وحكمنا له بالملك لطول مدة تصرفه مع أن أصل الناس الحرية فالبالغ الذي له قول إذا استسخر حتى تصرف فيه تصرف الملاك ولم يدع الحرية أولى ألا يقبل قوله، يدل عليه أن الصغير إذا كان لقيطًا فادعى الملتقط رقه لا يقبل؛ لأنه في الأصل على الحرية، ورأينا حدوث يده عليه تغير سبب الملك.

ولو رأينا الشخص في يده يستعبده مدة عديدة فادعى العبد حرية الأصل

....

فالقول قول العبد مع يمينه، ولو لم يدع العبد الحرية وادعى إنسان آخر أنه عبده فالقول قول من في يده العقار، ولو قال العبد: أنا لفلان لا يقبل قوله؛ لأنه أقر بالملك والرق فيكون لمن في يده، انتهى.

قلت: وما ذكره في البالغ غريب يوافق ما سبق عن شريح الروياني عند الكلام في المسألة في الكتاب والمشهور أنه إذا لم يحصل من البالغ اعتراف لذي اليد بالملك ولا لمن انتقل منه إليه ولا عرف سبب يده في الأصل أنها عن ملك من شيء أو غيره؛ أن القول قول البالغ في حريته وقد يربي الإنسان اليتيم ويستخدمه الزمن الطويل أنواع الاستخدام، وقد يستأجر الحر الزمن الطويل ويتصرف في منافعه تصرف السادات، والله أعلم.

ادعى دارًا بيد إنسان وأقام بينة أنها ملكه فأقام ذو اليد بينة أنها ملكه اشتراها من فلان وكانت ملكًا له يوم البيع؛ يحكم لذي اليد فلو أقام المدعي بينة أنها كانت مغصوبة في يد من اشتريتها منه لا تسمع.

قلت: فيه نظر والمتجه سماعها؛ لأن الظاهر أن بينة ذي اليد إنما شهدت لبائعها بالملك بناء على ظاهر اليد التي أقامت البينة أنها كانت يد غصب؛ فتأمله.

قال: ولو أراد إقامة تلك البينة أو بينة أخرى على أن من اشتراها ذو اليد منه أقر بأنه غصب مني تلك الدار وباعها فلي عليه قيمتها بسبب إتلافه علي بالبيع لا تسمع؛ لأن بينة ذي اليد أثبتت الملك لذي اليد ولبائعه بعد إقامة المدعي البينة فكان أولى.

قلت: وهذا مشكل أيضًا وكيف لا يغرم من أقر أنه أتلف مال الغير أو أحال بينه وبينه ببيع باطل وإقراره على نفسه أولى من بينة ذي اليد بالنسبة إلى تغريم المقر والعلم عند الله.

شهدوا أنه باعه ولم يبينوا بكم باعه؛ قال: وجب أن يحكم إذا قالوا هذا اليوم ملكه في نسخة هذا الشيء ملكه وربما سبق ما ينازع فيما ذكره.

....

ادعى عينًا فأنكره المدعى عليه، فقال المدعي: إني تبرأت عن هذه العين فلا دعوى لي فيها، ثم بدا له أن يدعي قال: تسمع؛ لأن البراءة عن العين لا تصح وقوله: لا دعوى لي فيها مبني على البراءة.

ترك ابنين ودارًا فباع أحدهما نصيبه ثم مات فادعى أخوه ميراث الدار عن أبيه وأخيه فأقام المشتري بينة على شراء نصيب الأخ منه فأجاب بأن أخي كان يوم البيع صغيرًا، فقال المشتري: بل كان كبيرًا؛ صدق الأخ بيمينه.

قلت: وكالجواب على تصديق مدعي الفساد دون مدعي الصحة أقر بالرق لإنسان وشهد اثنان على حريته من حيث الظاهر وهو أعلم بحاله كما لو شهد اثنان على رقه وآخران على حريته كان رقيقًا.

قلت: سبق نقل الخلاف في هذا الفرع المستشهد به واقتضى إيراد الهروي أن الجمهور على الحكم بحريته، وقوله من حيث الظاهر يشعر بأنهما لو بينا أنه حر الأصل من حرية أصلية وأوضحا الحال أنه يحكم بحريته ويرد إقراره وهو ظاهر.

قال: فأما لو شهد اثنان أنه أعتقه والعبد يقر بالرق فالعتق أولى كما أن شهادة العتق أولى من شهادة الرق، وإن كان المقر له غائبًا لا يحكم برقه حتى يحضر فيسأل، وإن كان المقر له ساكتًا فيسأل.

ادعى أن جده وقف عليه دارًا ثم على الفقراء وأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من أم المدعي أو من غيرها بتاريخ كذا؛ يحكم لصاحب اليد.

قلت: وفي هذا الإطلاق نظر ولا خفاء أنه لو شهدت البينة للواقف بالملك لما وقفه إلى حين الوقف وأطلقت منه المشتري الشراء أن بينة الوقف مقدمة، ولو كان الأمر بالعكس قدمت بينة الشراء.

قال: فلو أقام المدعي البينة أن الأم البائعة كانت قد أقرت قبل تاريخ البيع بأنها وقف يحكم بالوقف ويرجع ذو اليد بالثمن على البائعة، فلو رجعت إحدى البينتين بعد الحكم بالوقف؛ قال: ينظر إن رجع شهود أصل الوقف لا

....

يرد الوقف ولا غرم على الشهود برجوعهم؛ لأن البينة قد قامت على إقرار البائعة التي كانت اليد لها بالوقف.

وكذا لو رجع أحد شاهدي الأصل لا غرم عليه، أما لو رجع أحد شاهدي الإقرار بعد الحكم بالوقف فعليه نصف الغرم للبائعة، وإن رجعا فجميع الغرم؛ لأن الحكم قد وقع بهما والمشتري قد استرد الثمن منها، قال: ويجوز أن يقال يغرم الشاهد لصاحب اليد وهو يرد الثمن إلى البائعة.

باع دارًا فغصبت من المشتري فادعاها المشتري على الغاصب فهل للبائع أن يشهد للمشتري بالملك؟ قال: إن شهد له بالملك مطلقًا، قيل: وإن علم القاضي أنه باعها لا ترد شهادته كمن رأى شيئًا في إنسان مدة يتصرف فيه تصرف الملاك له أن يشهد له بالملك مطلقًا، ولو علم القاضي أنه يشهد له بظاهر يده لم ترد شهادته وإن كان لو صرح به لا يقبل.

قلت: فيه نظر والفرق أن البائع متهم في شهادته للمشتري منه بخلاف الشاهد لذي اليد والتصرف بالملك، نعم لو علم القاضي ملكية البائع للدار المبيعة حسن القول بالقبول أما مع انطواء الحال عنه فلا.

ادعى دارًا في يد إنسان أن أباه أصدقها أمه منذ عشرين سنة وماتت فورثتها وأقام عليه بينة فأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من أبيه منذ عشرين سنة؛ قدمت الأولى لسبق التاريخ واتفاقهما على إثبات الملك للأب، ثم أقام ذو اليد البينة أن الأم اختلفت نفسها فعادت الدار إلى الأب فباعها مني فبينته مرجحة، فلو أراد الخارج إقامة البينة أن الأب كان قد أقر أنها كانت ملكًا لأمه حتى ماتت هل يكون دفعًا لبينة ذي اليد؟ قال: لا يكون دفعًا؛ لأنه لما ثبت بيعه بالبينة يكون إقرارًا باطلًا في ملك الغير.

ولو أقام البينة أنه كان قد أقر قبل أن باع من ذي اليد أنها كانت ملكًا للزوجة يوم ماتت وصارت ملكًا للورثة يسمع ويكون دفعًا، ولو أن البينة الأولى التي شهدت على الإصداق والملك لها إلى الموت أعادت الشهادة على إقرار البائع؛

....

قبل البيع للأم بالملك لا تسمع بخلاف ما لو شهد غيرهم؛ لأنا نحمل شهادة الغير على ملك جديد حصل للأم بعد الخلع فتكون ناقلة للملك عن الأب بعد الخلع ولا يمكن هذا التقدير في حق البينة الأولى؛ لأنهم شهدوا في الابتداء على الإصداق والملك إلى الموت فلا يمكن تقدير ملك جديد فتكون مضادة للشهادة الأولى، فلو أقام الخارج شاهدين آخرين على أن الأب كان قد أقر قبل البيع بالملك للزوجة أو للابن ورجحنا فأقام ذو اليد بينة أن الابن قد أقر يوم البيع أنه ملك للأب، وأنه لا حق فيه ولا دعوى يكون دفعًا.

ولو أعادت بينة الخلع شهادتها وشهدا على هذا الإبراء تقبل بخلاف بينة النكاح إذا شهدت على إقرار الأب لا تقبل؛ لأنهم يبطلون رد الخلع بشهادتهم؛ إذ لا يمكن حمل شهادتهم على سبب جديد؛ لأنه يكون معادًا والخلع لا يرتد بقولهم؛ لأن الأب لو كان حيًّا لكان لا يرتد الخلع بقوله، وهاهنا بينة الخلع إذا أعادت الشهادة على إقرار المدعي تسمع؛ لأنها تشهد على رد الابن إقرار الأب وبرده يرتد إقرار الأب.

ادعى أنه اشترى دارًا من زيد منذ عشر سنين فأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من عمرو منذ خمس سنين فبينة ذي اليد أولى فلو أقام الخارج بينة أن عمرًا كان قد أقر قبل بيعه أنه اشتراها من زيد منذ سنتين كان دفعًا، ويقضى للخارج؛ لأنه ثبت ببينته الثانية أن عمرًا اشترى من زيد بعد شراء الخارجي فالسابقة أولى.

ادعى دارًا في يد إنسان فأنكر وقال: الدار ملكي فأقام المدعي بينة أن المدعى عليه كان قد استباع من وكيلي هذه الدار فهو إقرار لي بالملك فشهد أحد الشاهدين على هذا فقبل أن يشهد قال: المدعى عليه هذه الدار ليست لي بل هي لزوجتي، أو في يد زوجتي؛ قال: لا تبطل بهذا دعوى المدعي وعلى الحاكم أن يسمع شهادة الثاني ويحكم للمدعي بالدار، ثم الزوجة لها أن تدعي على المحكوم له.

قلت: ويحتمل أنها إذا صدقته أن تنتقل الخصومة إليها ويستأنف المدعي الدعوى وإقامة البينة، وقد ذكر بعد هذا أنه لو ادعى دارًا في يد إنسان فأنكر

....

فأقام المدعي بينة في وجهه وعدلها فأقر المدعى عليه بالدار لآخر قبل حكم الحاكم للمدعي ببينته هل يحكم أم لا بد من إعادة البينة في وجه المقر له؟ قال: إن علم القاضي أنه متعنت في إقراره حكم بتلك البينة ولا تجب الإعادة، وإن لم يعلم يعيد العبد البينة على وجه المقر له.

قلت: يعيد الدعوى والبينة جميعًا.

قال: الدواب التي بيدي ملك فلان فسمعه اثنان ولا يعرف السامع عددها ولا وصفها، ثم ادعى المقر له عند القاضي دواب معينة وأقام بينة أنه كانت في يد المقر يوم الإقرار وشاهدا الإقرار شهدا كما سمعا، قال: لا تسمع هذه الشهادة إلا أن يشهدا قبل أن تغيب عن بصريهما، أي: الدواب المقر بها، وفيه إشكال.

اشترى عبدًا، ثم باعه ببلد آخر ثم خرج حرًّا وحكم بحريته، ثم خرج المشتري إلى بلد البائع وادعى أن لي عليك مائة دينار من ثمن آدمي بعتنيه، ثم خرج حرًا ولم يصف ولم يعين هل تسمع الدعوى؟ قال: تسمع أي: لغرض التحليف وأما لإقامة البينة بما أنفق فلا إلا أن يكون الشهود يعرفون العبد وشاهدوا الحكم بحريته كما سبق بيانه.

وذكر الرافعي هنا عن «فتاوى» البغوي ثلاثة فروع:

الأول: ادعى نكاحها فأقرت بأنها زوجته منذ سنة ثم أقام آخر بينة أنها زوجته نكحها منذ شهر؛ حكم للمقر له؛ لأنه ثبت بإقرارها النكاح له فما لم يثبت الطلاق لا حكم للنكاح الثاني.

الثاني: أنه لو تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها به وجوزنا التحكيم فيه فقال المحكم حكمتيني لأزوجك بهذا كان سكوتها إذنًا، كما لو استأذنها الولي فسكتت.

قلت: إن كان سبق منها تحكيم باللفظ فقريب وإلا ففيه نظر وسبق الفرع هناك.

....

الثالث: حضر عند القاضي رجل وامرأة واستدعت تزويجها به وقالت: كنت زوجة فلان وطلقني أو مات لا يزوجها ما لم تقم حجة بالطلاق أو الموت، انتهى.

وحكى هناك في هذه الصورة خلافًا أشبعنا القول فيه فراجعه هذا ما تيسر انتخابه من «فتاوى» البغوي وشيخه القاضي وشيخه القفال غير ما سبق مفرقًا في الأبواب وكثير منه مكرر؛ ولكن في تكراره فوائد جمة، ورأيت من جمع «فتاوى البغوي» وأحسبه تلميذًا له أدرج فيها مسائل نسبها إلى فتاوى محمد بن جعفر الأفخاري الدبيلي:

فمنها: جاء رجلان إلى حاكم بامرأة فادعى أحدهما أنها زوجته وأقام البينة وحكم الحاكم له بالزوجية فادعى الآخر أنه اشتراها وهي مملوكة له، وأقام البينة وحكم الحاكم له، ثم ادعت المرأة أنهما مملوكان لها وأقامت البينة على ذلك وحكم الحاكم بذلك فأين تتصور هذه المسألة؟

الجواب: أن رجلًا تزوج امرأة لعدم الطول وأولد بنتًا، ثم صار غنيًا وصار له عبيد فأذن لبعضهم أن يتزوج فتزوج بهذه الابنة، ثم أذن لعبد في شراء أمة فذهب واشترى هذه البنت فعتقت في الحال بالشراء على مولاه وهو أبوها؛ لأن ما اشتراه العبد من مال مولاه لمولاه ثم توفي أبوها فورثت البنت العبدين جميعًا فانفسخ نكاحها؛ لأنها قد ملكت زوجها، والله أعلم.

فَرْعٌ: قال الرافعي: سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي - رَحِمَهُ اللَّهُ- عن رجلين تنازعا حصة ادعى أحدهما أنها ملك له وأقام بينة به، وادعى آخر أنها وقف ولم يقم عليه بينة فحكم الحاكم لمدعي الملك، ثم تنازع فيها مدعي الملك وآخر يدعي وقفها فأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك فيها وأقام مدعي الوقف البينة على الوقفية فرجح الحاكم بينة الملك ذهابًا إلى أن الملك الذي حكم به مقدم على الوقف الذي لم يحكم به ثم تنازع مدعي الملك مع آخر يدعي وقفها فأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك وتقديم جانبه وأقام الآخر بينة على أن الوقف الذي يدعيه قد قضى

....

بحصته قبل الحكم بالملك وترجيحه على الوقف هل يرتد حكم الحاكم بذلك؟ قال: نعم يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك.

وسُئل عمن اشترى ضيعة وبقيت في يده مدة فخرجت الضيعة وقفًا وانتزعت هل عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده؟ فقال: نعم.

وسُئل عن رجل وقف ملكًا وأقر أن حاكمًا حكم بصحته ولم يسم الحاكم ولا عينه، ثم رجع عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع فهل له الحكم بنفوذ الرجوع؟ فقال: لا، انتهى.

فَصْلٌ

قال الرافعي، وفي «فتاوى» الغزالي: أنه إذا ادعى دارًا في يد غيره فقال المدعى عليه اشتريتها من زيد فأقام المدعي بينة على إقرار زيد له بالدار قبل البيع، وأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي لزيد بالدار؛ قبل البيع ولم يعرف التاريخ تقر الدار في يد المدعى عليه، وأنه إذا خرج المبيع مستحقًا فادعى المشتري الثمن على البائع، وقال سلمته إليه في مجلس العقد فأنكر وأراد إقامة البينة على أنه لم يقبض منه شيئًا في مجلس العقد؛ لم تسمع هذه البينة؛ لأنها على النفي وإنما تسمع البينة قبل النفي في مواضع للحاجة كالإعسار وقد يقع التسليم على غفلة منه في لحظة يسيرة.

قلت: إن كان قد أقام بينة عليه بقبض الثمن فلا تعارضه بينة النفي، وإن أقامها على إقراره بقبضه سمعت دعواه للتحليف لا غير، وعلى خلاف فيه ولا نظر إلى بينته المذكورة، والصحيح أن الشهادة على النفي المحصور الذي يحيط به العلم مسموعة خلافًا لما نسبه الإمام إلى الجمهور كما سبق، وصوب في «الروضة» على الغزالي فقال: وما ذكره مردود، والصواب أن النفس إذا كان محصورًا يحصل العلم به قبلت الشهادة به، انتهى.

ويجب عندي أن يستفسر الحاكم البينة في مسألتنا، ويسألهم عن طريق

....

علمهم بأنه لم يدفع إليه الثمن في مجلس العقد، فقد رأيت من يفسر شهادته الجازمة بذلك بأني لم أره أعطاه شيئًا.

وأنه إذا ادعت امرأة أنه نكحها ثم طلقها وطلبت شطر الصداق، وأنها زوجة فلان الميت وطلبت الميراث فمقصودها المال؛ فيثبت بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين، انتهى ولا يسلم هذا عن نزاع.

وقياس الغزالي ذلك على مسألة السرقة وتعليق الطلاق على الغضب فإنه يثبت المال فيها وإن لم تقطع الشكوى فوقع الطلاق فيه نظر؛ لأن المال يثبت هناك، وإن لم يثبت السبب بخلاف الإرث، فإنه إذا لم تثبت الزوجية كيف يحكم لها بالإرث، والله أعلم.

ومن «فتاوى» الغزالي أيضًا أنهم لو شهدوا أنه باع مكرهًا ولم يتعرضوا لصفة الإكراه التي كان عليها حالة البيع، فإن جوز القاضي أن يستبهم الأمر عليهم فيه فله السؤال عنه وإذا سألهم فعليهم التفصيل، وإن علم أنهم عالمون بحد الإكراه ولا يشهدون به إلا عن تحقيق فله ترك سؤالهم.

قلت: وكذا حكي عن فتوى ابن الصباغ وصاحبه أبي بكر الشاشي والمختار وجوب الاستفصال إلا أن يكون الشاهد عالمًا موافقًا للقاضي في المذهب كما سبق مرات؛ لأن أكثر الناس يظن ما ليس بإكراه إكراهًا، وقال الدبيلي: لو شهدوا أنه كان مريضًا صحيح العقل في حال وصيته، وقال آخران: بل كان زائل العقل في حال وصيته فالثانية أولى، كما قلنا فيمن شهد أنه باع مكرهًا أنه أولى ممن شهد أنه باع طائعًا؛ لأن الإكراه علم زائد وإذا شهدا بزوال العقل والإكراه وجب أن يستفسر الجميع ثم يحكم بذلك، انتهى.

وينقدح استفسار الفقيه الموافق إذا كان في المسألة خلاف مذهبي والترجيح مختلف فيه، والقاضي أهل للنظر والترجيح.

وأنه إذا خرج المبيع مستحقًا وقد بنى وغرس فكلف القلع رجع بأرش نقصان البناء تغليبًا للتقرير ولا يرجع بنقصان قيمة الشجر بالقلع، فإن القلع

....

فوت عليه ما كان يتوقع حصوله من الأرض فلم يحصل لما قلع وإنما يرجع بمال خسره؛ وذلك المال غير مستفاد من الأرض وزيادة الشجر مستفادة من الأرض ولم تسلم عاقبته، نعم، التلفيق بين النقصان وبين الأرض يفتقر إلى قدر والتفريق ينقص ذلك، فيرجع بذلك القدر وإن طولب بأجرة الأرض في مدة الغراس فله الرجوع بالأجرة تغليبًا للتقرير، كقيمة الولد إن لم يحصل له من الغراس شيء وإن حصل فتشبيهه بالمهر أولى ثم يبقى النظر في مقدار الحاصل ونسبه إلى الأجرة.

قلت: وكلامه في أرش الغراس مظلم، وسبق عن «فتاوى» القفال: إن على البائع ما بين قيمة البناء ثابتًا ومقلوعًا وما بين قيمة الأشجار ثابتة ومقلوعة كما لو غرس في أرض غيره بإذنه، والله أعلم.

وأنه لو ادعى عليه عشرة دنانير فقال: صدق له علي عشرة قراريط؛ لزمه عشرة دنانير وقوله: صدق، يرجع إلى مقصود الدعوى، وليس له التعيين بعده.

قلت: وحكي هذا عن فتوى ابن الصباغ والشاشي، وأنه لو طلب الشفعة فقال المشتري: كان الثمن جزافًا لا أعلم قدره، فأحضره الشفيع وشاهدين فقالا: حضرنا العقد وكان الثمن ألف درهم معينة وقدرًا من الدراهم لا نعلم قدرها تحديدًا، إلا أنها دون العشرة، فقال الشفيع: أنا أزن ألفًا وعشرة، فإذا وزنها وجب تسليم الثمن إليه ولا يحل للمشتري قبض تمام العشرة وعليه أن يقتصر على ما سلمه.

قلت: وبهذا أفتى ابن الصباغ وأجاب الشاشي: بأنه لا يثبت العقد وهو أوجه.

وأنه لو أشهد عليه أنه وقف جميع أملاكه وذكر مصرفها ولم يجد منها شيئًا صارت وقفًا بهذا القول ولا يضر جهل الشهود بالحدود ولا سكوته عن ذكر الحدود ومهما شهد الشهود على هذا اللفظ ثبت الوقف.

قلت: ووافقه الشاشي وفي كلام الغزالي رمز إلى حمل ذلك على العقار

....

خاصة واللفظ أعم فقد يقال: يدخل فيه كلما يصح وقفه من المنقول الذي كان في ملكه حالة اللفظ، إلا أن يقال: لفظ الأملاك يصار في العرف للأرض والبناء فينزل إطلاقه على العقار خاصة إذ لا يفهم أهل العرف من قول القائل: زيد صاحب أملاك إلا أنه صاحب عقار من أراضٍ ودور ونحوها، وأنه لو كان في يد بعض الورثة عين فادعى الباقون أنها تركةً فقال ذو اليد: إن أبي وهبها مني في حياته وأقبضنيها، فأقام بقية الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه وأشهدنا على نفسه بذلك من غير أن نذكر ما رجع فيه لم تنزع العين من يده بهذه البينة مع هذا الاحتمال لا سيما إذا احتمل أن تكون الهبة بعد إشهاد الأب على ما أشهد عليه.

قلت: وهذا مشكل، وكان الفرض أن الورثة صدقوه على الهبة والإقباض أو أقام بهما بينة وإلا فهو مدّعي انتقالًا إليه من الأب الأصل عدمه، ويظهر أنه إذا لم يمكن إحداث هبة وإقباض كما لو قال قبيل موته: رجعت فيما وهبت من ابني فلان، أن يكون ذلك دفعًا.

وأنه لو مات عن أخ لأب وعن أم تحت زوج غير الأب، فوضعت حملًا لأكثر من ستة أشهر من حين موت المورث وادعت أنه كان موجودًا حال موت أخيه، وشهد أربع نسوة أنها؛ إذ ذاك كانت حاملًا فينبغي أن تقبل هذه البينة، والحمل يعرف وإنكار ما كان معرفته إنكار للمشاهدة، قال: وينصب الحاكم عن الصبي نائبًا في الخصومة ولا يؤخر إلى بلوغه.

قلت: سماع الشهادة بالحمل مسطور، ذكره القفال وغيره، وكان الغرض أن يشهدن بالحمل وولادتها هذا الطفل وإلا فمجرد الشهادة بالحمل لا يكفي فيما يظهر، والله أعلم.

وأنه لو حكم القاضي بشهادة شاهدين ثم قال بعد ذلك: قد بان لي أنهما فاسقان حين الحكم، من غير أن يذكر أن بينة شهدت عنده بفسقهما، هل ينقض الحكم؟ أجاب: بأنه إذا لم يتهم في قضائه بعلمه فلا نتهمه في ذلك أيضًا، وتمكنه منه، وأنه لو قال: كنت عالمًا بفسقهما وإنما أكرهني السلطان

....

على الحكم بشهادتهما قبل قوله بلا بينة، تشهد بإكراهه.

وأنه لو أقاما الشهادة على شخص معتمدين على الاسم والنسب فقال الشخص: أنا موافق في الاسم والنسب غير أني لم أشهدكما، فقالا: عرفنا إياه فلان، فكذبهما المعرف وقال: لم أعرفكما شيئًا، لم يحكم بشهادتهما.

قلت: وكذا لو صدقهما المعرف فيما يظهر على المذهب، وأنه لو شهدا عند الحاكم بشهادة قديمة ولم يعلم من حالهما أنهما لا يعتمدان الخط وهما ذاكران للتحمل، فرأى الحاكم سؤالهما عن ذلك لزم الجواب لدفع الارتياب.

قلت: ويتعين السؤال في كثير من المسائل لا سيما إذا كان الحكم على من لا يعبر عن نفسه لموت أو غيبة أو صغر أو جنون أو جهة وقف ونحوها، وأكثر شهود العصر يعتمدون على خطوطهم في المساطر من غير تذكر للوقائع جهلًا، والله أعلم.

وأنه لو أقر أن أباه يستحق عليه الإنفاق إلى أن يموت بحق واجب، ثم امتنع وقال: إنما قلت ذلك؛ لأنه كان إذ ذاك فقيرًا وقد استغنى، فقال الأب: بل أخذت مني عوضًا فرده علي فأنكر، صدق الابن، أي: بيمينه، والله أعلم.

فرع في مسائل منثورة من «روضة الحكام» ربما سبق بعضها:

منها: شهدا بدار وبحدودها وقالا: رأيناها، فقال الخصم: لم يرياها قط لم يقبل منه، فإن سأل القاضي أن يبيعها مع أمين حتى يعيناها، أجابه إليه فإن امتنعا وقالا: نعرفها ولا نحضرها، لم يجبرا عليه.

وقال بعض أصحابنا: إن استرابهما الحاكم بعثهما وإلا لم يحكم بشهادتهما.

قلت: وهذا أرجح وإن شهد بأرض وحدودها، ثم بان الخطأ في الحدود فقال الشاهد: أنا أحضرها وأعينها، فقيل: يسمع منه ولا تبطل شهادته بالخطأ وقيل: تبطل ولا يقبل تعيينه فلو رجع وقال: كنت غلطت في الأول، فقد قيل: يقبل، وقيل: إن غلط بحد واحد جاز أن يعيد الشهادة ويذكر الحدود وإن كان

....

بأكثر لم يجز، قال جدي: وفيه نظر .

ومنها: إذا حكم الحاكم له بدار قال بعض أصحابنا: له المطالبة بكري مثلها من الوقت الذي حصلت في يد الخصم إلى انتزاعها منه، وقال بعضهم: لا يلزمه كري المثل لجواز أن يكون ملك المحكوم له حدث قبيل شهادة الشهود، وإن اختلفا في المدة، فالقول قول المحكوم عليه، وقيل: هل للمحكوم له مطالبة من كان في يده قبل وصول الشيء إلى يد المحكوم عليه بكري المثل؟ وجهان: **أحدهما**: لا؛ لاحتمال أن الملك حدث له بعد زوال يده، **والثاني**: له ذلك، كما له مطالبة المحكوم عليه.

ومنها: قدم بلدًا فاستأجر دارًا فقيل له: هذه دار أبيك ورثتها عنه فادعاها، ففي سماع دعواه وجهان.

قلت: الظاهر السماع وكذا لو اشترى جارية منتقبة فحل نقابها، ثم قال: هي جاريتي ولم أعرفها للنقاب، وهذا إذا قلنا: طلب ابتياع متاع من رجل إقرار به وهو أحد الوجهين.

قلت: وهو المرجح، قال: وعلى هذا الخلاف لو أقر لرجل بملك، ثم ادعاه وقال: كنت ذكرت ذلك على قول وكيلي.

فرع في الدعوى من وجهين:

ادعى دارًا وأن أباه مات وتركها ميراثًا ثم أقام بينة أنه اشتراها من ذي اليد، لم يقبل نص عليه، وأنه لو ادعى عبدًا في يد رجل أنه تصدق به عليه منذ سنة وأقبضه وأقام بينة على الصدقة، لم تقبل أي واحدة من البينتين، ولو ادعى أنه تصدق به عليه منذ سنة ثم أقام بينة أنه اشتراه منه منذ شهر وقال: جحدني الصدقة فاشتريته منه، قال جدي: لا يقبل منه؛ لأن الصدقة إذا صحت لم يجز الشراء، وقال أبو ثور: تقبل، وكذا لو ادعى الشراء منه منذ سنة وقال: جحدني فتصدق علي بعد ذلك، وأقام بينة عليه نظر الحاكم فيه، فإن كانا تفاسخا العقد الأول قبلت وإلا لم تقبل، وحكى جدي عن بعض أصحابنا: إنه

....

لا تقبل البينة على الإطلاق بل تفصيل، وعن بعضهم: أنها تقبل.

وأنه لو ادعى هذا العبد لفلان وأنه وكله في الخصومة، ثم قال بعد ذلك: باعه من فلان وهو ملكه ووكلني المشتري في الخصومة فيه، وأقام عليه بينة قبلت وحكم بالبينة للموكل الآخر، قال جدي: وقيل منه ذلك.

وأنه لو ادعى أنه لفلان، وأنه وكله بالخصومة فيه ثم قال بعد ذلك: هو لي اشتريته من موكلي وأقام عليه بينة، قبلت منه.

قلت: يجب أن يكون محل القول إذا تحلل زمن يمكن فيه الشراء من الموكل، ولو ادعى أنه لفلان وأنه وكله بالخصومة فيه ثم قال: بل لفلان آخر وأنه وكله بالخصومة فيه، فقد قيل: يقبل؛ لأن الشيء يكون لواحد ثم ينتقل إلى غيره، وقيل: لا يقبل، والأصل أن التلفيق إذا أمكن، فهل يلفق وجهان وإن لم يمكن لم تصح الدعوى الثانية والبينة، انتهى.

فرع فيما تتناوله الدعوى والبينة:

دار طبقتان، فادعاها مطلقًا وأقام بينة عليها، حكم له بالطبقتين جميعًا، ولو ادعى بيتًا أو منزلًا مطلقًا وأقام بينة فقد قيل: تدخل الطبقة الأولى دون الثانية، وقيل: تدخلان في الدعوى سواء كانت باسم الدار أو باسم المنزل أو باسم البيت، والكلام في الأشجار والبساتين كالكلام فيما يدخل في البيع، قال شريح: وقد شرحته في مصنفاتي.

فَرْعٌ: شهدا بالمال وآخران بالإبراء، فشاهد الإبراء أولى إن أطلقنا، وإن وقتنا فالأخيرة أولى، وإن أطلقت بينة وأرخت الأخرى، فعن أبي هريرة: إن بينة البراءة أولى؛ لأنها إنما تكون بعد الوجوب، قال شريح: ويحتمل أن تجعل كما لو ذكرنا وقتًا واحدًا فتتعارضان.

قلتُ: وقع قبل الوقوف على هذا الفرع بأيام فتوى صورتها أنه أقر له بألف درهم في يوم كذا وأقام بينة بذلك؛ فأقام الخصم بينة أن المدعي أقر في ذلك اليوم ببينة أنه لا يستحق قبل المدعى عليه دعوى ولا طلبة، فتوقفت ولم أفت

....

فيها بشيء، ثم رأيت ابن الصلاح أفتى في هذه الصورة بأن بينة الإقرار بالدين المثبتة تقدم وسيأتي بيانه، قال شريح: ولو شهد شاهد بالمال وشاهد بالمال ثم بالإبراء فهذا رجوع عن شهادة، قال أبو عاصم العبادي: إن الشهادة في الإقرار قد تمت، وهذا شاهد في الإبراء يحلف معه.

فَرْعٌ: شهدا بأن المشتري سلم الشفعة إلى الشفيع وشهد آخران بالعكس، فأقوال لابن سريج **ثالثها**: ترجيح من الشقص في يده، ووجه الهروي تصديق المشتري بأنه يحتمل أنه سلم الشقص إلى الشفيع ولم يعلم العفو الصادر منه، والأصل بقاء ملكه ووجه شريح تصديق الشفيع بأن فيه جمعًا بين البينتين وإن الثبوت له يقين وقد وقع التردد في سقوطه، انتهى.

وقال المصنف في «أصل الروضة»: هناك أقام المشتري بينة بعفو الشفيع وأقام الشفيع بينة بأخذه بالشفعة والشقص في يده، فهل بينة الشفيع أولى لقوتها أم بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو؟ وجهان: أصحهما الثاني.

فَرْعٌ من «الْإِشْرَافِ»: عبد أقام بينة بأن سيده أعتقه وكان ملكه يوم الإعتاق، وأقام السيد بينة أنه باعه من فلان، وكان ملكه يوم البيع تعارضتا، وغلط من قال من أصحابنا بينة العبد أولى؛ لأنه في يد نفسه فاليد مختلف فيها، فإن سبق تاريخ فالأسبق أولى إذا لم يكن في البينتين إثبات الملك في يوم التصرف، وإن كان فيهما إثبات الملك والإعتاق سابق تعارضتا، قال الهروي: ولم يزد المصنف على هذا، ويحتمل أن يخرج في هذا الموضع قول أن السابق أولى، وقول: إن البينة الأخيرة أولى؛ إذ فيه تصديق البينتين فإنه يحتمل أنه باعه ثم اشتراه ثم أعتقه، انتهى.

فروع منثورة من «أدب القضاء» لأبي الحسن الدبيلي: بنى على الخلاف في افتقار الهبة إلى القبول، ولو ادعى عليه مائة فقال: أبرأني منها، فلم يقبل البراءة جوابًا لكلامي، فإن قلنا بذلك لم تصح، كالهبة ولو أبرأه فقال: لا أقبل لم تصح البراءة، وإلا صحت؛ لأنه في التقدير يقول: أبطلت مطالبتي بمالي عليك، ولو قال: لا حق لي عليك ثم ادعى عليه، فأقام بينة على إقراره بذلك

....

سقطت دعواه، فكذلك في البراءة.

ادعت صداقها فقال الزوج: قد أبرأتني منه، فقالت: أبرأته، ولم أعلم مقدار الصداق نظر، فإن كان الأب أو الجد عقد عليها وهي صغيرة وادعت أنها لم تعلم صدقت بيمينها ولم تصح البراءة، وإن كانت حين العقد بالغة عاقلة صدق الزوج بيمينه في علمها بمقداره حين أبرأته، وفرق بأن الصغيرة يعقد عليها بغير علمها بالصداق والكبيرة لا يعقد عليها إلا بإذنها في الصداق.

قلت: وهذا قد يظهر في الثيب دون البكر المجبرة بل الأصل، والغالب عدم استئذان البنت في مقدار المهر وعلمها بقدره سيما إذا زوجها الأب أو الجد.

ولو أبرأ عن دين ورثه عن أبيه وادعى أنه لم يعلم مقداره صدق بيمينه بخلاف ما لو أقرضه هو فإن المصدق بيمينه المقترض، قال الشافعي رحمه الله: ولو أنه حلل رجلًا من كل شيء وجب له لم يبرأ حتى يبين فإن لم يعرف حلله من كذا إلى كذا.

قلت: وخذ من النص أن لفظ التحليل صريح في الإبراء كما سبق أنه الأصح، وقد يؤخذ منه أن الإبراء من الغيبة المبهمة لا يصح كما صححه المصنف ونازعناه والنص محمول على الإبراء من المال، والله أعلم.

ادعى دارًا في يد رجل وأقام البينة أنه اشتراها من رجل وأخرج قبالة مكتتبه بالشراء، وأن ذلك يومئذ في يد فلان البائع وملكه فشهدوا على جميع ما في القبالة، فإن الدار بهذه الشهادة لا تثبت ملكًا للبائع حين باعها؛ لأن القبالة مكتتبه على إقرار البائع حين باعها؛ لأن القبالة مكتتبه على إقرار البائع والمشتري، فشهدوا بما سمعوا منهما يثبت بقولهم ملك البائع حتى يشهدوا أنا نشهد أنه يوم باعها كانت ملكًا له، وهذا علم آخر ليس في القبالة، وأما إذا شهدوا بنفس الصك لم تسمع من جهة الملك.

ادعى أن أباه أوصى له بالدار الفلانية وهي تخرج من الثلث وأقام على ذلك

....

البينة لم تسمع حتى يشهدوا أنها كانت ملكه يوم أوصى وفي يده وما خرجت عن ملكه، ولا علمنا رجوعه عن هذه الوصية ولا غيرها بإدخال الغير معه في ذلك، فإن علموا قبول الوصية شهدوا، فقالوا: وإن فلانًا الموصى له قبل هذه الوصية شهدوا عندما بلغه موته فلم يقم من مجلسه حتى قبلها فيحكم له بذلك.

قلت: والظاهر أنه لو قامت بينة غير من شهدت بالوصية بأنها كانت ملكه لم يزل عنها إلى أن مات، أو لا يعلم له مزيلًا إلى موته أنه يحكم للموصى له بها بالبينتين، وإن اقتصرت الأولى على الشهادة بالوصية فقط؛ إذ الأصل عدم رجوعه؛ فتأمله.

لو قال: أنا وفلان شريكان في هذه الدار أو في هذا المال فالظاهر أنه بينهما نصفان فلو قال بعد ذلك: إن المقر له الربع أو الخمس أو العشر من أصحابنا من قال يسمع ويحلف معه؛ لأن ذلك محتمل قال والظاهر الأول.

قلت: هو المشهور عن الجمهور والمختار الثاني؛ لأن غالب الناس يطلقون هذا اللفظ لمن له أدنى جزء في المقر به في قول قائلهم: زيد شريكي في كذا، وعمرو شريك زيد في كذا ويريدون به أصل الشركة وإن تفاوتت الأجزاء، ويشبه أنه لو قامت بينة بأن زيدًا وعمرًا شريكان في هذا أو هو مشترك بينهما أن البينة تستفسر عن مقدار النصيبين، فإن لم يكن عندها بيان والعين بيدهما جعل بينهما بالسوية أو بيد أحدهما، فهل يرجع في بيان مقدار نصيب الآخر إليه أو يقضى بالتنصيف؟ فيه نظر عندي، والعلم عند الله.

ادعى عليه ألفًا فقال له: علي ألف عن بيع ولم يرد على هذا لم يلزمه شيء إلا أن يقول عن مبيع قبضته كما لو شهدوا أنه وهب منه كذا لم يقبل حتى يقولوا وقد قبله وقبضه، ولو شهدوا أن عليه تسليم الألف إلى فلان من بيع صح، فلو قال: المقر لم أقبض المبيع لم يقبل منه؛ لأن قولهما عليه تسليم ذلك شهادة بأنه قد قبض، وكذا لو قال لفلان علي تسليم ألف عن بيع ثم قال لم أقبض المبيع لم يسمع منه.

....

قلت: قوله في الصورة الأولى لم يلزمه شيء فيه نظر؛ لأنه مقر له بألف عن بيع فيطالبه به، فإن ادعى أنه لم يقبض المبيع صدق بيمينه فأحسب هذا مراده، وفي قبول الشهادة بالتسليم نظر سيما من القاضي أو ممن يرى إجبار المشتري على دفع الثمن أولًا فيتجه الاستفسار.

وذكر أنه لو ادعى أنه اشترى منه كذا بكذا فأنكر فأقام البينة حكم عليه بالثمن وللمدعى عليه بالمبيع وإن كان لا يدعيه.

قلت: في الحكم له بالبيع وهو ينفي ملكيته نظر ولا ينبغي إجباره على تسليمه سيما إن كان فرجًا؛ فتأمله.

وأنه لو باع عبدًا ثم ادعى أنه كان أعتقه لم يقبل منه، فإن أقام بينة فسخ البيع؛ لأن الدعوى ليست لحقه بل لحق العبد.

وأنه لو باع دارًا ثم قال: هي وقف على ابني لم يسمع، فإن أقام بينة سمعت ونقض البيع؛ لأن الحق ليس له بل لابنه.

وأنه لو باعها ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لم تسمع دعواه ولا بينته؛ لأنه مكذب لها كما قال الشافعي، وإذا قال في المرابحة قامت علي بتسعين، ثم قال قامت علي بمائة وأقام بينة لم تسمع؛ لأنه كذبها، وهكذا قال في الشفعة، ولو زعم أنه اشتراه بألف فأخذه الشفيع بألف، ثم أقام البائع البينة أنه باعه منه بألفين أخذهما من المشتري ولا رجوع للمشتري على الشفيع لتقدم إقراره بالشراء، فلو أقام المشتري البينة بالشراء بألفين لم تسمع لما تقدم، وسواء قال عند البيع هو ملكي وليس بوقف، أو لم يقل بل باعها، فإن بيعه معناه أنها ليست بوقف وأنها ملك، فإذا قلنا: لا تسمع دعواه لم يلزم المشتري الثمن وله أن يتصرف في الدار تصرف المالكين، فأما إذا مات البائع فصار الوقف إلى أولاده أقاموا البينة وانتزعوها ثم يرجع المشتري بالثمن في تركة البائع ويرجع ورثة البائع على المشتري بالأجرة مدة كونها في يده من وقت البيع إلى موت البائع.

....

قلت: في رجوعهم بالأجرة نظر إن كان الوقف مريبًا؛ لأن قضية بيع أبيهم أنه لا يستحقه، نعم إن كان الوقف مشتركًا استحقوا أجرة أنصبائهم وأقام الحاكم من يدعي لهم بأنصبائهم من الوقف الأب أو غيره، وقد سبق عنه أنه لو باعها ثم قال: هي وقف على ابني أن البينة تسمع منه؛ لأن الحق لابنه فقياسه أنه إذا كان وقف بشريك أن تسمع بينته بأنصباء أولاده من غير احتياج إلى نصيب الحاكم، والظاهر أن مراده وقف الترتيب، وقوله: وسواء، قال عند البيع هي ملكي أو لم يقل تقدم ما ذكره الروياني في ذلك من التفصيل وأنه المذهب الصحيح، والله أعلم.

وأنه لو طلق ثلاثًا ثم قال كان التزويج فاسدًا؛ لأنه عقد بلا ولي أو بلا شهود وأقام بذلك بينة نظر إن كان لم يعترف بأنه عقد بولي وشاهدي عدل قبلت البينة ولم يقع الطلاق، وإن سبق اعترافه نصًا بأنه عقد بولي وشاهدي عدل لم تسمع بينته وليس له أن يجدد عقدها لتقدم اعترافه بما يكذب بينته، فإن قيل: أطلق الشافعي في مسألة المرابحة عدم قبول بينته وفصلت أنت في التزويج، قال: يقال الفرق أن قوله تسعين صريح ثم هو بنفيه بقوله ثانيًا بمائة، وقوله في الزوجة: كان بلا ولي لم يكذب نفسه، وإنما قال صفة التزويج أنه من غير ولي تسمع منه ولم ينكر التزويج، فبينته أثبتت شيئًا لم يتقدم اعترافه بخلافه بخلاف ما إذا تقدم قوله أنه تزوجها بولي مرشد ألا ترى أنه لو اعترف أن عليه لفلان مائة قفيز حنطة صفتها كذا محله كذا، فلما طولب في محله، قال: إن السلم لم يصح؛ لأن ثمنه كان دينًا علي فجعله سلمًا وأقام بذلك بينة قبلت، وبطل السلم لأنه لم ينكر السلم إنما أثبت صفة لعقده بأن الثمن كان دينًا بدين فكذا ما ذكرنا، قال: وكذا لو احتال عليه بألف وأشهد عليه ثم قال المحال عليه: إنه كان عن بيع فاسد وأقام بينة قبلت وبطلت الحوالة؛ لأنه لم يتقدم اعترافه أن الحوالة عن بيع صحيح حتى لا تسمع بينته وكذا لو تقاسما أرضًا وكتبا صكًا بأن لا حق لكل واحد منهما فيما صار بالقرعة لصاحبه، ثم ادعى غلطًا في القسمة وأقام بينة بالغلط نقضت القسمة.

....

وأنه لو كان عليه مائة درهم فقبضها وأبرأه ثم ادعى أنه وجد فيها زيوفًا وأقام البينة ناقدين أنهم نقدوها فوجدوا فيها الزيوف لم تصح البراءة وكان له المطالبة بإبدال الزيوف، ولا يجوز أن يقال له اعترفت بالبراءة فلا تسمع شهودك بل تسمع فكذلك ما ذكرنا قال: وجملة هذا الباب أنه إذا أقر بشيء نص عليه البائع أو المشتري أو الزوجين ثم ينكر ما تقدم اعترافه به صريحًا وأقام البينة بذلك لم تسمع، ومتى لم ينص على شيء وأقر ببيع أو شراء أو تزوج مطلقًا ثم ادعى صفة في البيع أو الشراء أو التزويج مما يوجب بطلان العقد لم يقبل منه فإن أقام بينة قبلت وأبطل البيع والشراء والتزويج ولم يقع الطلاق وجاز لهما أن يحددا عقد النكاح، وهذا إذا اتفق الزوجان على ذلك، فأما إذا أنكرت المرأة ما شهدت به البينة لم يكن لها أن تنكحه.

وإن أقامت المرأة البينة بفساد التزويج في الأصل والرجل ينكره ولم يكن له تزوجها فإن أقر بذلك فله أن يتزوجها، وأنه لو حلف بالطلاق الثلاث لا يدخل الدار ثم أراد رفع الطلاق فقالا: كان عقد نكاحها فاسدًا لعدم الولي والشهود، أو قالا: كان في العدة وما أشبهه، فلا يمكنهما رفع اليمين بالطلاق بقولهما هذا، بل طلاقها واقف على دخولها، فمتى دخل وقع فإن أقاما البينة أو أحدهما أنه تزوجها وهي في العدة فجديد نكاحها صحيح، وارتفعت اليمين وكأنه حلف قبل عقد النكاح.

وأنه لو ادعى أن قيمة الجارية المتلفة ألف فقال الغارم: بل مائة، وأقام على ذلك شاهدًا واحدًا ويمينًا، أو شاهدًا وامرأة قال أبو إسحاق: تقبل؛ لأن التقويم إن كان طريقه طريق الفتوى فللنساء مدخل فيه، وإن كان طريقه ما يوجب المال فكذلك، وقال ابن أبي هريرة: هاهنا قسم آخر، وهو أن طريقه طريق الحكم ولا مدخل للنساء في الحكم، قال أبو الحسن: والأولى قول أبي إسحاق، ولو أقام كل واحد شاهدين على ما يدعيه فأسقطنا البينتين، فالقول قول الغارم بيمينه.

قلتُ: القول بالتساقط عند اختلافهم في القيمة غريب، وأنهما لو شهدا

....

أنه غصبه كذا أو أتلفه عليه ولم يبينا مقداره فهل يقبل؟ فيه وجهان، وبالقبول قال أبو حنيفة.

قلت: وعلى هذا يؤخذ المشهود عليه بالبيان كما يؤخذ المقر كما بيناه في كتاب الإقرار، والله أعلم.

فصل في فروع متنوعة من «فتاوى» أبي عمرو بن الصلاح ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ:

باعه كرمًا فاستغله سنين ثم أنكر الشراء، وحلف عليه فهل للبائع تغريمه ما استغل وقد أنكر الاستغلال فقامت بينة عليه به؟ أجاب: لا؛ لأنه بزعمه إنما استغل ملكه وهو إنما يدعي الثمن لا غير، وقد تعذر عليه يمين المشتري فسأله أن يفسخ البيع هذا هو الأظهر من الوجهين، المسألة بحالها كان على صاحب الكرم دين للمشتري فباعه إياه به أو بمثله ووقع التقاضي ثم أنكر المشتري الشراء كما سبق، قال: يتعين هاهنا الوجه الآخر من الوجهين، وأن البائع يبيع الكرم؛ ليستوفي من ثمنه ما أخذه المشتري الدائن على جهة استيفاء الدين ولا يكون له ذلك إلا أن يأخذه الدائن وقبله لا يجوز أصلًا وأنه لو فرض الحاكم للطفل قدرًا معلومًا لنفقته وكسوته وأذن لخاصته أما ابنه أو أمه أو وصيه أو قيم الحاكم في استدانة ذلك وصرفه عليه، أو في إنفاقه عليه من ماله ثم يرجع به في مال الصغير، فإذا حضر وادعى أنه فعل ذلك وطلب الرجوع فإنه حكم على صغير، انتهى وهذا حسن واضح وقد يغفل عنه، وإنه لو ثبت على غائب دين فباع الحاكم داره في وفائه فقدم وأبطل استحقاق الدين عليه بفسق الشهود أو بإيفاء الدين أو البراءة منه فإنه يبطل البيع المذكور.

قلتُ: وهذا أصح من قول الروياني: إنه لا يبطل البيع؛ لأن الحاكم كان له أن يبيع.

وأنه لو أحال غريمه بدينه على مديون له فادعى المحتال بالحوالة على المحال عليه فقال: كان أبرأني من الدين قبل الحوالة وأقام بينة بذلك، سمعت في وجه المحتال: وإن كان المحيل بالبلد يتيسر إحضاره مجلس الحكم.

....

قلتُ: هذا في دفع المحتال، أما الحكم بالبراءة من دين المحيل فلا بد من الإعذار إليه هل يكفي المحال عليه إقامة البينة في وجه المحتال أو لا بد من إعادته في وجه المحيل إذا ادعى بقاء دينه؟ الأقرب الثاني، وهل يرجع المحتال بدينه على المحيل الظاهر؟ نعم، ويحتمل أن يجري فيه تفصيل وخلاف سبق له نظائر.

وأنه لو وكّلته زوجته في تخليص حقوقها فأحضر رجلًا إلى الحاكم وادعى عليه حقًا لها، فأنكره فشهد أبو الوكيل عند الحاكم لها عليه بذلك فالظاهر قبول شهادته وإن كان فيه تصديق لابنه كما تقبل شهادة الأب وابنه في قضية واحدة.

قلتُ: في التشبيه نظر، وكان هذا إذا لم يكن للأب الشاهد مدخل في ثبوت التوكيل لابنه ولا ولايته الاستيفاء أما لو كان فالظاهر المنع، والله أعلم.

وأنه لا يطالب الوكيل ولا غيره من المدعين بإثبات أهلية الوكالة، وكونه مطلق التصرف، إما لأن دعواه تضمنت ذلك وكان مصرحًا فيها بأنه مطلق التصرف وأنه يستحق تسليم ما يدعيه ودعواه هكذا مسموعة لا محالة، وإما لأنه يكتفي في ذلك بظاهر الحال كما اكتفى في الشهادة على الإقرار من أنه لا يجب التعرض لكون المقر طائعًا راغبًا مختارًا عاقلًا صحيحًا، واشتراط التعرض لذلك وجه بعيد في «البسيط» وغيره المذهب المشهور خلافه ولا جريان له هاهنا في توقف صحة الدعوى على ما تقدم ذكره، فإنه يشبه أن يكون خرقًا للإجماع.

قلتُ: هذا ظاهر فيمن جهل حاله من قبل، أما لو علم أنه كان محجورًا عليه بالسفه قبل دعواه، وقلنا: إنه لا تسمع دعواه بالمال كما سبق، فيتجه مطالبته بالبينة على إطلاق تصرفه إذ الأصل دوام الحجر، والله أعلم.

ثم ذكر أنه لو أثبت دينًا على ميت وأن ورثته قبضوا من تركته من مدة ما يوفي دينه إن صحة الدعوى وإقامة البينة لا يوقفان على إثبات الرشد لمثل ما تقدم نعم؛ إن ادعى الوارث كونه بعد غير رشيد فالقول قوله بيمينه، والمدعي محوج إلى توجيه المطالبة نحوه إلى إثبات رشده بالبينة، وإلا فلتوجه المطالبة

....

على وليه ليقع الإلزام في ماله، وأما الدعوى نفسه أو إقامة البينة بإثبات مضمونها فلا ينصرف بذلك عنه وليس دون الميت.

قال: ثم وجدته مسطورًا لمن الدعوى عليه تسمع إلا إذا لم يكن للمدعي بينة فينبني على أن اليمين مع النكول كالإقرار أو كالبينة، انتهى.

وأنه لو أقر له بدين ثم طلب يمينه على أنه لم يكن مضاربه، أقر بها على عادة بعض الناس حلف على ذلك ويكفيه الحلف على الاستحقاق، ولا يكلف أن يحلف على نفي المضاربة، فقد يكون الدين ثابتًا له بسبب آخر.

ورأيت من مدة الفتوى في «تعليق» القاضي الحسين في مسألة إقباض الرهن المعروفة أن ما جرت العادة بكتبته في القبالات من قوله: بعت واستوفيت الثمن، أن ما استوفاه وكتب وأقر على العادة قبل جريانه فدعواه مسموعة، ولكن المقر له يحلف بالله بأنه دفع إليه الثمن، فلو قال: إني أستحق عليه الألف يقبل ويسمع؛ لاحتمال أنه أتلف عليه ما قيمته ألف درهم كأنه مفروض فيما لو زال البيع بينهما وأراد المشتري الرجوع على البائع بالثمن مؤاخذة له بإقرار المذكور، انتهى.

وأنه لو أقر أنه قبض كذا درهمًا من زيد وسلمه إلى عمرو وفاء لدين له على زيد، ثم مات المقر وزيد، فلورثة زيد الرجوع في تركة المقر بما قبضه؛ لاعترافه باليد وبأنها مبنية على يده فلا يزول حكم اليد، ومقتضاها من الملك بقول القابض بمجرده، ويبقى ذلك أن يثبت بحجة نظيره قول صاحبي «الإشراف» و«روضة الحكام»: إنه لو قال: أخذت من فلان ألفًا كان لي عنده قرضًا أنه يؤمر برده عليه.

وأنه لو أقر أن جميع ما في يده الثلث منه لفلان وملكه، ثم أقر أن الذي كان في يده حالة الإقرار ثلاثة آلاف درهم، ثم مات المقر فلا يجوز للشاهد أن يشهد أن المقر عليه ألف فهم من غير تفصيل، بل يشهد بالإقرارين على وجههما، ثم إذا حلف المقر له مع الشاهد حكم له بضمان الألف من تركته،

....

ثم قال: وهكذا القول إذا سمع الشاهد إقرار شخص أن لفلان عليه ألف درهم فله أن يقول: أشهد أنه أقر له بالألف درهم، وليس له أن يقول: إن له عليه ألف درهم لما بينهما من التفاوت على ما لا يخفى.

قلتُ: سبق قبيل باب القضاء على الغائب ما يخرج منه أن ظاهر المذهب والمنصوص أن للشاهد أن يقول في مسألتنا هذه: أشهد أن له عليه ألف درهم، وأشبعنا الكلام فيه وأن ما ذكره أبو عمر ـ وهو المختار من الأوجه ـ وإن كان ظاهر المذهب خلافه، ويجوز أن يقال: إن كان الشاهد عالمًا برشد المقر وكمال أحواله، له ذلك وإلا فلا، بل يؤدي ما سمع.

وسئل عمر: أقر أن جميع ما تشتمل عليه هذه الدار من قماش وغيره ملك زوجته فلانة، ثم مات بعد مدة في الدار وهما ساكنان فيها فأقامت البينة بإقراره فأنكر الوارث كون الأعيان الموجودة فيها عند الموت كانت موجودة عند الإقرار، وأن الإقرار تناولها وتوجه عليها إقامة البينة على ذلك، فطلبت يمينه بأن تلك الأعيان لم تكن موجودة حينئذ، وأنها غير داخلة في الإقرار فهل يحلف على نفي العلم أو البت، فإن قال الوارث: إنكِ لا تستحقي مما في الدار إلا حصة في الميراث وهو الربع، فهل يقنع منه بذلك؟ أجاب رحمه الله: يحلف على أنه لا يعلم هذه الأعيان ولا شيئًا منها، كانت موجودة في الدار المذكورة وقت الإقرار المذكور، وأنه لا يعلمه ولا شيئًا منه داخلًا فيما أقر به لها، وما قام مقام هذا من الألفاظ ولا يقنع منه بأنها لا تستحق مما في الدار سوى حصتها من الإرث ووجهه، ثم قال: هاهنا جهة أخرى تمنع أنا نقنع منه بالحلف أنها لا تستحق من ذلك سوى حصتها بالإرث، وذلك أن اليد لها على نصف ما في الدار المذكورة؛ لكونها سكن الزوجين فأذن لها أن تحلف على استحقاق نصف هذه الأعيان نظر إلى اليد وإن قطعنا النظر عن الإقرار، ثم لها بعد ذلك الربع من النصف الآخر إذا لم تتم لها فيه حجتها من جهة الإقرار.

قلتُ: كلامه مصرح بقبول قول الوارث بيمينه: إنه لا يعلم كون الأعيان كانت عند الإقرار في الدار فيه نظر.

....

ولا شك أنه لا يقبل قوله في جميع الأعيان إذ فيه إلغاء البينة بالكلية، والظاهر أن المراد أنه ادعى أن بعض الأعيان لم يكن موجودًا فيها حينئذ فهذا محتمل على أن القاضي الحسين أفتى كما سبق أنه لو أقر في مرض موته أن ما في هذه الدار لفلان ثم مات وتنازع الوارث والمقر له في بعض أمتعة الدار، فادعى الوارث أنها لم تكن فيها وقت الإقرار، وقال المقر له: بل كانت فيها، فالقول قوله وعلى الورثة البينة أنه نقل إليها بعد الإقرار، وسبق الكلام على المسألة ونحوها مرات.

وسئل عمن مات ووجد في تركته حصان أشهب وعليه ديون مستغرقة للتركة، فأحضرت زوجته كتابًا صورته أقر في صحة عقله وجسمه قبل موته بمدة طويلة قدرها سنة أو نحوها أنها تستحق في ذمته ألف درهم وأنه عوضها عنه الحصان الأشهب وسلمه إليها، ولم يذكر في الكتاب غير هذا ولا شهد أحد عليه بغير هذا اللفظ، ولم يشهد أحد عليها بقبول التعويض ولا بقبض ولا غيره، ثم لما مات قالت الزوجة: هذا هو الحصان الأشهب الذي عوضني وقبلته، وقال الغرماء: هذا حصان آخر فعليك البينة أنه ذلك الحصان الأول، أجاب إذا حلفت حكم لها به؛ لأن ذلك الحصان باق عملًا بالأصل ولا موجود غير هذا ويلزم من هاتين المقدمتين أن يكون هو ذاك نظيره ما لو قال لفلان عندي ثوب وديعة ولم يصفه ثم مات، ولم يوجد في تركته غير ثوب واحد فإنه ينزل عليه قوله.

وسئل عمن أقرت وأشهدت عليها أن كل مكتوب يظهر فيه إقرار ابتهالها بدين أو بعين فهو باطل وزور، وأنها لا تستحق في ذلك المكتوب شيئًا ثم ادعت على تركة أبيها بأربعة آلاف درهم وأظهرت مكتوبًا صورته هذا ما أصدق فلان فلانة، وأن أبا المقرة قبض من مهرها أربعة آلاف درهم وأشهد عليه بقبض المال الذي هو مهرها فقال الحاكم الثابت عنده إقرارها قد بطل هذا بإقرارك المذكور فهل هو كذلك أم لا؟ أجاب: لا، يبطل بذلك ما شهدت به البينة عليه من أنه قبض ذلك وإنما يقدح ذلك في إقراره بالقبض، والأول

....

يجزيها عن الثاني وليس في مكتوب الصداق إقرار بالقبض، فإن قوله: وأشهد عليه بالقبض من شاهد القبض من غير أن ينطق بإقرار، والله أعلم.

وسُئل عن من استأجر شيئًا وسلم أجرته إلى الآجر، ثم أقر أنه لا حق له عند الآجر إقرارًا نافيًا لكل حق على الإطلاق ثم بان فساد الإجارة فهل له الرجوع بتلك الأجرة؟ أجاب: له الرجوع؛ لأن الإقرار المذكور بناه على الظاهر من الصحة الذي انكشف خلافه وهذا أوضح من المنقول، وهو أنه إذا أقر أن ما اشتراه ملك للبائع، ثم استحق بالبينة فإنه يرجع على البائع، على ما قطع به كثيرون أو الأكثرون والقفال منهم وهو الصحيح، قال الإمام: وإليه ميل المفتين؛ لأنه بنى إقراره على ظاهر الحال، قال: وقد أتى في «البسيط» بضابط أراه المعتمد فيما ذكرته أن الرجوع يقبل على هذا المذهب المختار عن كل إقرار استند إلى الظن، ولا يتصور في العادة استناده إلى القطع أما ما يتصور استناده إلى اليقين فلا يقبل فيه الرجوع، ولا يلتفت إلى قوله بينته على ظن لنكشف بالحجة بعد أنه باطل بلى إن أراد التحليف بعد ذكره عذرًا محتملًا فهذا فيه الخلاف المعروف في الإقرار بقبض الرهن هذا تنقيح ما ذكره ثم لا بد من ذكره مستند رجوعه قبل دعواه بذلك.

أجر شيئًا ثم ادعى أنه كان عند العقد سفيهًا فهل تسمع دعواه؟ وإذا قامت بينة بالرشد وبينة بالسفه فأيتهما تقدم؟ أجاب بعضهم: بأنه لا تسمع دعواه، وأجاب الشيخ أبو عمرو: تسمع وهو من قبائل المسائل المعروفة التي منها ضمن، ثم ادعى أنه حينئذٍ كان مجنونًا أو أنه كان صبيًا وهذا بخلاف ما إذا عقد عقدًا ثم ادعى أنه لم يكن يملك العقد على المعقود عليه بأن قال: إن المبيع كان مغصوبًا أو أن مطلقته لم تكن زوجه؛ فإنه لا تسمع دعواه لمناقضتها ما تضمنه إقدامه على العقد من الإقرار بكونه مما يملك العقد عليه، وليس يدعي عدم أهليته للإقرار حينئذ وقد أقر ضمنًا فلا يسمع منه ما يناقض إقراره، وأما هنا فيقول الذي وجد مني من الإقرار ضمنًا لتصرفي صادف عدم أهليتي فلا آخذ به، وفيما ذكره كلامان:

....

الأول: ما قاله فيما إذا عقد عقدًا ثم ذكر أنه لم يكن له تعاطيه وهو وجه المذهب المنصوص خلافه على تفصيل فيه ذكرناه مرات.

والثاني: ما قاله في قبول السفيه ظاهر فيمن بلغ سفيهًا ولم يعلم رشده، وأما من طرأ سفهه بعد ثبوت رشده فتصرفاته نافذة على الأصح إلى أن يتصل به حجر معتبر وحينئذٍ يظهر ألا يكتفي فيما نحن فيه بمجرد قوله: إنه كان سفيهًا عند العقد، ولو أقام به بينة ما لم يبن أنه حجر عليه بسفهه الطارئ.

ثم قال أبو عمرو: أما تعارض البينة فيما ذكر فالناقلة منهما مقدمة على المستصحبة ويختلف ذلك باختلاف صور ما تقع به الشهادة، فإن شهدت بينة السفيه بتبذير أو فسق مقارن البلوغ مستمر إلى حين العقد؛ قدمت على بينة الرشد تقديم البينة الجارحة على المعدلة وهكذا ما يجري هذا المجرى، وإن شهدت بينة بأنه غير رشيد وبينة بأنه كان عند العقد رشيدًا فبينة الرشد أولى، وهكذا ما جرى هذا المجرى.

قلت: ويتجه استفسار كل واحدة من البينتين المطلقتين وحين ذلك في الجاهل والمخالف لما لا يخفى.

توفي عن ثلاثة أولاد صغار وزوجه وأقران لا وارث له سواهم وأثبت الوصي ذلك عند الحاكم كفى إقرار الميت بألا وارث له سواهم، فلا يطالبه الحاكم بإثبات عن الورثة بالبينة.

باع عينًا وشهدت بينة بأنه رشيد حالة البيع وشهدت بينة أنه كان حينئذٍ سفيهًا مبذرًا قدمت هذه البينة على بينة الرشد تقديم البينة الجارحة على البينة المعدلة.

شهد واحد أن الحاكم الفلاني ثبت عنده تطليق فلان زوجته بنت فلان بن فلان ولم يذكر عددًا وشهدا على الحاكم المذكور بالحكم بذلك، وأنه أشهدهما عليه به؛ ولكن الشاهد الثاني لم يعين المرأة ولم يشخصها؛ بل ذكر نسبها واعترف الزوج أن نسب المدعية ذلك فهل تلفق الشهادة ويثبت أصل

....

الطلاق؟ أجاب: لا تلفقان، وتأملت فكأن الجواب أنه ينظر فإن كان ما اختلفا فيه من التعيين بالتشخيص والتعيين بالنسب قد نقلاه عن الحاكم المذكور فشهد أحدهما عليه بأنه قال: ثبت عندي تطليق المذكور لهذه وشهد الآخر أنه قال: ثبت عندي تطليقه لفلانة بنت فلان؛ لم يلفق بينهما وإن لم ينقلا ذلك عن الحاكم؛ لكن عين أحدهما المشهود لها بالتشخيص، وعينها الآخر بالنسب على الوجه المذكور فيلفق بينهما والحالة هذه ويثبت أصل الطلاق.

قلت: والظاهر أن قول: وتأملت لأبي عمرو لجامع الفتاوى للكمال المغربي شيخ المصنف، وقد يقال: إذا اعترف الزوج بأنه لا زوجة له غيرها أنه يلفق مطلقًا، وفيه وقفة.

احتيج إلى بيع ملك على يتيم فقامت بينة بأن قيمته مائة وخمسون فباعه القيم عليه بذلك، وحكم الحاكم عن البينة المذكورة بصحة البيع، ثم قامت بينة أخرى بأن قيمته حينئذٍ مائتا درهم فإنه ينقض الحكم، ووجهه أنه حكم بناء على البينة السالمة عن المعارضة بالبينة التي هي مثلها أو أرجح، وقد بان خلاف ذلك ويتبين إسناد ما يمنع من الحكم إلى حالة الحكم فهو كما قطع به صاحب «المهذب» من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينة وانتزعت العين منه ثم أتى صاحب اليد ببينة فإن الحكم ينقض بمثل العلة المذكورة، وفي مسألة «المهذب» وجه يطرد هاهنا.

قلت: في صحة التشبيه وقفة؛ لأن التقويم تخمين وحدس بخلاف الشهادة بالملك وسبق مرات أن المشهور أنه إذا تعارضت بينتان في القيمة يحكم بالأقل، ووجه بأنها اطلعت على عيب منقص خفي على الأخرى، فإن صحّ ما ذكره أبو عمرو وجب طرده في إجارة أملاك الأيتام ونحوهم والوقوف العامة ونحوها.

إنسان في وسط ملكه طريق مشترك بينه وبين جماعة ينفذون فيه إلى أملاكهم فطالبوه بأن يشهد على نفسه ويقر بحقوقهم فهل يلزمه ذلك أو لا؟ وإن لزمه فهل له أن يمتنع حتى يشهدوا على أنفسهم بالإقرار له؟ أجاب أما الإقرار فواجب بالنص.

....

قال تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] وشهادتهم على أنفسهم هي الإقرار، وقرر أن الإقرار واجب عند الحاجة إليه على كل من عليه حق لآدمي، أو لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها.

ثم قال: وهذا الذي ذكرته ينبغي أن يكون هو المعتمد ولا يصدنا عنه ما ذكره في «النهاية» من أنه لو قال لمن عليه الدين: اشهد على دَيني، فالذي قطع به الأصحاب أنه لا يلزمه ذلك وهو ما اختاره في «التقريب» وحكى وجهًا غريبًا أنه يلزمه ذلك ولا أصل له ولا أعده من المذهب، هذا قول الإمام ونحن قد وجدنا له أصلًا قويًّا فلنعده المذهب وكأنه رأى أنه وثيقة كالرهن والكفيل فإنهما لا يلزمانه، والفارق قائم عند المتأمل، وقد قطع في «الوسيط» أنه يلزم التراهن عند قبضه المرهون للانتفاع الإشهاد كل يوم، قال: وإنما قلت له أن يمتنع حتى يشهدوا أيضًا على أنفسهم فإنه لا يلزمه الإقرار على وجه يضره ولو أقر أولًا فربما أنكروه المشاركة متمسكين باليد، والله أعلم.

أبرأه إبراءً عامًا مطلقًا فأقر أنه لا حق له عليه على الإطلاق وكان له عليه مقدار من الدبس سلمًا، وادعى أنه لم يعلم به حالة الإبراء ولم يرده، أجاب بأنه يصدق بيمينه وذلك لأن العموم منتشر الأفراد لا يدخل تحت الحد والحصر وغيبة بعضها عن الذهن ليس على خلاف الظاهر، فإذا ادعى ذلك قبل قوله بيمينه.

فإن قلت: ينبغي ألا يحكم بعمومه ويلحق بالإقرار بالمجهول وحيث حكم بعمومه علم أن تناوله لجميع الأفراد هو الظاهر ويلزم من ذلك أن تكون دعواه عدم إرادته على خلاف الظاهر.

قلت: نعم تناولها لجميعها هو الظاهر؛ ولكن الظاهر قد ترك عند الدعوى في بعض المواضع، وأن نعمل به عند عدمها ومن ذلك إذا قيل: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم، طلقت حكم عليه بالطلاق إذا طلق ولم يدع خلاف ذلك، فإن ادعى أنه أراد أنه كان طلقها في نكاح متقدم وكان لما قاله أصل قبل قوله، وهو على خلاف الظاهر المعمول به عند الإطلاق وما نحن فيه من هذا،

....

والسبب فيه أن هذه الدعوى في ضمنها حجة يترك الظاهر عند وجودها، وهذا لأنه ادعى عدم العلم بالفرد المعين الذي ادعاه والأصل عدم علمه به فلا ظاهر يدل على عدم علمه به فكان قوله مقبولًا في عدم علمه، ثم يلزم منه عدم تناول عموم أفراده له، وقد وجدت على موافقة ما قررته نصًا عن الشافعي رضي الله عنه.

ذكر صاحب «روضة الحكام» أنه لو قال: لا حق لي في يد فلان ثم قال لعبد: لم أعلم كونه في يده وقت الإقرار؛ صدق عند الشافعي خلافًا لأبي حنيفة، وينبغي ألا يقبل الرجوع عن الإقرار في كل ذلك إلا إذا عضده بتأويل يقبل مثله في مثله كما في الصورة المذكورة.

أقر أن هذا وقف صحيح لازم على ولده فلان من غير ذكر لمن وقفه ولا لوقت الإقرار، ثم مات فأقام باقي الورثة بينة على إقرار المدعي للوقف بأنه تلقى الوقف من أبيه في مرض موته، وأن الموقوف لم يزل ملكًا لأبيه إلى أن وقفه عليه في مرض موته في تاريخ متقدم على تاريخ إقرار أبيه الموصوف أولًا فهل يبطل ذلك بهذا وينزل إقرار الأب على هذا المقيد المتقدم عليه؟ أجاب في الاستفتاء جماعة من المشايخ الذين ماتوا وحادوا عن عين المستفتى عنه بأن فرضوا حالة أجابوا عنها قرارًا من محل الغموض، وكان جوابي بعد الاستجارة والتثبت أيامًا أن ذلك المطلق ينزل على هذا المقيد كنظائره التي منها: أنه لو قامت بينة على إقراره أن لفلان عليه ألفًا وقامت بينة أخرى أنه أقر أنه قبض من فلان خمسمائة في شعبان وثلاثمائة في رمضان ومائتين في شوال فذلك المطلق يحمل على المقيد وبسط القول في تقرير ذلك.

أقر لرجل بدين معلوم وأقر المقر له أنه لا يستحق على المقر دينًا ولا بقية من دين الإقرار جميعًا في يوم واحد معين من غير أن يبين اسمًا؛ قيل بأيهما يعمل وهل يمنع ذلك من المطالبة بالدين المذكور؟ أجاب: يحكم ببينة الإقرار المثبتة؛ فإنه يثبت به أصل شغل ذمته؛ إذ لولاه لجعلنا إقرار المقر له تكذيبًا للمقر ولا يصار إلى ذلك بالاحتمال، وإذا ثبت أصل الشغل والقول بتصديق الإقرارين معًا فلا يصار إلى تصديقهما بتقدير تأخر الإقرار المثبت بناءً على

....

احتمال طرآن أصل البراءة والإسقاط فإنه لا يترك أصل الشغل باحتمال تعقب المسقط فيتعين تصديقهما بتقدير وقوع الإقرار الثاني قبل الإقرار المثبت، وإذا ادعى المقر له هذا فذلك مقبول، والله أعلم.

قلت: سبق عن «روضة الحكام» أنه إذا شهدت بينة بالمال والأخرى بالإبراء فبينة الإبراء أولى إن أطلقنا وإن وقتنا فالمتأخرة أولى، وإن أطلقت بينة وأرخت أخرى فإن البراءة أولى؛ لأنها إنما تكون بعد الوجوب، ويحتمل أن يجعل كما لو ذكرنا وقتًا واحدًا فتتعارضان، انتهى، وهذا قد ينازع فيما ذكره أبو عمرو رحمه الله، سئل عمن أقر في ملك هو في يده وتصرفه أنه وقف عليه وعلى جهات بعده هل يثبت هذا الوقف بإقراره؟ فأجاب: بلغني عن جماعة من المفتين أنهم أفتوا بثبوته وذكر صاحب «روضة الحكام» فيما لو أقام الخارج بينة بالملك وأقام صاحب اليد بينة بالوقف أنه هل ترجح بينته؟ فعلى وجهين:

أحدهما: ترجح.

والثاني: لا ترجح؛ لأن اليد تدل على الملك لا على الوقف.

وسئل عن رجل بيده ملك لا منازع له فيه أقر أنه وقفه فلان عليه وعلى نسله ثم على جهة مؤبدة فهل يثبت الوقف؟ أجاب: لا يثبت الوقف عليه بإقراره؛ لأنه اعترف بالملك لغيره وادعى انتقاله عنه بطريق الوقف فهو كما لو قال ذو اليد: اشتريت هذا من فلان لم يثبت الملك له وإن كانت اليد له، أما إذا قال: هذا موقوف عليَّ ولم يعين واقفًا فينبغي أن يثبت ذلك باليد لا سيما إذا قلنا: الملك في الموقوف للموقوف عليه ودعوى ذلك على الإطلاق كدعوى صاحب اليد الملك على الإطلاق، وإن كان لا بد من منتقل منه إليه؛ لكن يفرق بين المعين والمبهم.

قلت: وسبق عن «فتاوى» القفال خلاف هذا وتكلمنا فيه، وهذا هو المختار.

وفي قوله: وقف فلان على تفصيل تقدم ذكره فيما أظن، ويشبه أنه لو

....

قال: اليوم ذو يد هذا وقفه نور الدين الشهيد مثلًا على جدي وذريته أنه يقبل، بخلاف ما لو قال: وقفه زيد رجل من الآحاد.

وسئل عمن اشترى سهمًا شائعًا من ملك وأثبت في غيبة البائع أن الملك لم يزل ملك أبي البائع إلى أن مات وخلف ذريته وأثبت حصرهم، وأن البائع يخصه من الملك القدر المبيع فإذا ادعى أخو البائع أن أباه وهبه الملك جميعه هبة صحيحة مقبوضة، وأثبت ذلك فأقام شاهدًا في غيبة البائع أن الأب رجع في الهبة المذكور فهل تسمع دعواه ويحلف مع شاهده؟ أجاب: تسمع ويحلف مع شاهد هذا هو الظاهر وأنه يدعي ملكًا لغيره مستقلًا منه البينة فهو كالوارث فيما يدعيه من ملك لمورثه.

قلت: فيه وقفة وربما سبق ما يقتضي خلاف ما ذكره مجيء خلاف فيه، والله أعلم.

رجل بيده عقار يتصرف فيه مدة طويلة فادعى مدعٍ عليه أنه يستحق تسليمه وأنه بيده غصبًا وتعديًا، فأجاب ذو اليد بأنه ملكه وبيده ولا يستحق المدعي تسليمه ولا تسليم شيء منه فأقام المدعي بينة شهدت أن زيدًا أقر له بهذا العقار بتاريخ عينه سابق على الدعوى بعشرين سنة، أو أقل أو أكثر وشهدت أن هذا العقار كان بيد زيد المقر حال إقراره له به ولم تزد في شهادتها على ذلك فهل ينزع من يد المدعى عليه بمجرد هذه الشهادة أم لا؟ أجاب: يثبت له الملك بذلك وينتزع من المدعى عليه والمسألة مسطورة على ما فيها من غموض سطرها العبادي وغيره على نحو هذا.

اشترى من آخر ملكًا ولم يزل بيد المشتري إلى وفاته ومات البائع وزوجته فادعى وارثه أنه مات وخلف الملك على وارثه فأثبت وارث المشتري أن الملك انتقل إليه من أبيه، فإن أباه اشتراه شراءً صحيحًا من والد المذكور، ثم ادعى وارث البائع أن أباه كان عوض زوجته بالملك صداقها وورثوها وأقاموا على ذلك بينة ويد وارث المشتري ثابتة على الملك وتحت تصرفه فهل تصح دعواهم أم لا؟ أجاب: لا تسمع دعوى وارث البائع على مناقضة دعواه الأولى

....

فإن قرنها بتأويل يدفع المناقضة كانت بينة المشتري وبينة التعويض مطلقتي التاريخ أو إحداهما تساقطتا وعمل باليد، ويحكم بها لوارث المشتري.

أقام بينة أن المكان الفلاني طريق يختص به وأقام آخر بينة أنه طريق للمسلمين غير مختص بذلك الرجل؛ نظر إن كانت اليد للأول يختص بالتصرف فيه قدمت بينته، وإن كانت اليد للمسلمين بأن كانوا يسلكونه على العموم مدة من غير منازع؛ قدمت البينة الثانية.

ابتاع شقصين في عقدين، ثم أقام بعد موت البائع بينة على العقدين وطلب الحكم فهل يحكم له بيمين واحدة أم لا بد من يمينين؟ أجاب: إن تعددت الدعوى وأقامت البينة عليها تعددت اليمين، وإن أقام البينة عليها دفعة واحدة اتحدت اليمين.

له أرض وبها غراس يتصرف فيها تصرف المالكين بلا منازع مدة مديدة، ثم تنازعاه فمن المصدق منهما؟ وهل لصاحب الأرض أن يبدل قيمته أو يأخذه مجانًا؟ أجاب: أن القول فيه قول المتصرف بيمينه وليس لصاحب الأرض أن يملكه بالقيمة من غير رضاه، وقرر بأن تصرف المتصرف راجح على كونه مثبتًا للدوام في أرض الغير، وشبهه بما إذا تنازع صاحب العلو وصاحب السفل في سلم في السفل منصوب مثبت للدوام؛ فالقول قول صاحب العلو لكونه المتصرف في الصعود فيه، وإن كان قراره من الأرض لغيره.

قال: وإنما قلنا إنه ليس لصاحب الأرض أن يتملك الغراس بالقيمة؛ لأنه يستحق إبقاءه في ظاهر الحكم على الدوام والتملك إنما يكون في غير ذلك بانقضاء الإجارة والإعارة.

قلت: وقد يصده عن تملكه دعواه أولًا أنه ملكه، وإن اعترف بعد لذي اليد به فهو متهم فيه لغرض التملك، نعم في تصديق ذي اليد أنه ملكه نظر وقد يشكل عليه الرفوف المثبتة ونحوها من السلالم في الدار المكتراة إذا تنازعها الساكن ومالك الدار، إذا طلب صاحب الأرض تملكه بالقيمة ولم تبق منه

....

دعوى ملكيته؛ فيحتمل أن يقال: يجاب إليه ولا سيما إذا عرف تقدم ملك صاحب الأرض لها، وأن الغراس وقع وهي في ملكه، وفي التشبيه بمسألة السلم للعلو وقفة فإنه إنما نصب الصعود إلى العلو فبهذه القرينة قدم صاحب العلو مع ضميمة التصرف، ولا يجيء مثله في الغراس.

سئل الغالب في الغراس كونه لصاحب الأرض ادعى عليه بملك، فأجاب بالإنكار واعترف بأنه ملك لبني صميد فأثبت المدعي أنه من بني صميد فهل يكون له نصيب فيه بمقتضى اعتراف الخصم أنه لبني صميد، فهل تدخل البنات وأولادهن في هذا الاعتراف وصميد جد أبي الموجودين عند الإقرار وهم نحو خمسة عشر نفرًا ذكورًا وإناثًا؟ أجاب: لا يدخل في ذلك البنات، ويحكم بأنه لبني صميد لصلبه باعتراف الخصم، ثم من بعدهم يكون لورثتهم يتعاقب على نصيب كل واحد منهم ورثته، وهكذا إلا أن يظهر بالقرينة أنه أراد ببني صميد الذكور الموجودين من ذريته الآن عند اعترافه فيحصل بينهم بالسوية، انتهى.

ادعى على أخيه بحصة من ملك في يده بطريق الإرث عن أبيهما فأنكر ونكل عن اليمين، فحلف الحاكم المدعي، وحكم له فأحضر المدعى عليه بينة على إقرار أبيه أنه ملكه ومستحقه دون المدعي وسائر الناس ويثبت ذلك عند الحاكم فهل يرفع ذلك الحكم للمدعي باليمين المردودة؟ أجاب: نعم نرفعه بشرطه، والله أعلم.

قلت: وسبق بناء سماع دعواه وبينته على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة فعلى الأول، وهو المرجح لا تسمعان، كما لو كان قد أقر قضاء، واختار البغوي لنفسه السماع، وإن جعلناها كالإقرار.

زوجان لأحدهما ملك فمات الزوج ثم ماتت الزوجة فأقام وارثه أن الملك لها دون الزوج وأنها كانت مالكة حائزة ملكًا شرعيًا إلى حين ماتت، وأقام وارث الزوج منه أن الملك للزوج دون الزوجة إلى حين الموت، وتركه لورثته وأنه في يد الزوجة بطريق الغصب والتعدي فمن تقدم بينته؟ أجاب: إذا شهدت بينة ورثة الزوج فالملك له، ويكون ذلك في يد الآخرين بطريق الغصب

....

والتعدي من الزوج أو من ورثته قدمت بينتهم عند هذا العبد وهو كونه مغصوبًا.

نعم؛ بيده دار ادعى آخر أنها وقف عليه وأثبت أن الواقفة لم تزل مالكة حائزة إلى حين وقفت فادعى ذو اليد أنه اشتراها من شخص، فإنه مالك حائز وتاريخ الوقف أقدم من تاريخ الذي ادعى ذو اليد، وأقام بينة وحكم له حاكم فادعى المدعي أنها في يده بطريق الغصب والتعدي فمن المقدم منهما؟ أجاب: تقدم بينة ذي اليد إذا لم يظهر أنها شهدت بناء على مجرد اليد، فإن أثبت المدعي الخارج أن يد صاحب اليد غاصبة من يده صار هو صاحب اليد وقدمت بينته، والله أعلم.

قلت: في عدم تقديم بينة الوقف مع تقدم تاريخها نظر، وإن لم تقم بينة بأن يد ذي اليد غاصبة، ولا تقدم مما سلف ما يقتضي تقديمها، والله أعلم.

اشترى ستة أسهم من أربعة وعشرين سهمًا من أرض محدودة معروفة وبقية الأرض لملاك معينين، ثم بعد مدة وقع بين بقية الشركاء منازعة في قدر ما لكل واحد منهم؛ فأقام المشتري بينة بأن البائع كان مالكًا للربع الذي باعه منه حالة البيع وبيده وتصرفه، ثم أقام آخر بينة بأن ثلث الأرض ملكه، ثم أقام شريك آخر بينة بأنه مالك لجميع ثلاثة أسهم من أربعة وعشرين هي ثمن جميع الأرض المعينة فاجتمع من ازدحامهم ومما أثبتوه خمسة وعشرين سهمًا، فهل يدخل النقص على الجميع وتعود السهام إلى خمسة وعشرين سهمًا من فرق بين أن يكون وسبق ملك الشركاء دفعة واحدة في مجلس واحد، أو أثبتوا ذلك على الترتيب؟ أجاب: السهم الزائد وقع فيه التعارض فيرجع إلى الترجيح.

فإن كان الأولان صاحبي يد على إقامته بينهما فمدعي القراريط الثلاثة مدّعي القيراط ثالث مما في أيديهما لم تقم بينة على غصبهما لذلك منه رجحت بينتهما باليد، واقتصرا بالثالث على القيراطين الفارغين، وإن أقام بينة على غصبهما ذلك منه صار صاحب يد في ذلك القيراط فيؤخذ له مما في أيديهما على قدر شهادتهما، ولا بد من هذا القيد وهو كون غصبهما منه، وإذا لم يكن ترجيح والملك في أيديهم فالقول قول مدعي الثلاثة ومدعي الستة مع اليمين؛

....

لأن يد كل واحد منهم على الثلث وينشأ من ذلك اختصاص مدعي الأكثر بالنقص، ثم إنه لا أثر لتقدم إقامة البينة وتأخرها ومعلوم أنه إذا خرج بعض المبيع مستحقًا فلمشتريه خيار الفسخ.

قلت: ولم يبن لي اعتبار كون الغصب منه ولا بد ولم لا يكون الغصب ممن تلقى منه ذلك بإرث وغيره وهو مالك حائز إلى حين انتقاله إليه كالغصب منه، والله أعلم.

قامت بينة بأن فلانًا توفي في رمضان من سنة كذا، وأقام بعض الورثة بينة أنه أقر له بدار في سنة كذا لسنة بعد المذكورة بسنة فأيتهما تقدم؟ أجاب: يعمل بالبينة التي أثبتت موته في رمضان سنة ست عشرة، فإن الأخرى مستصحبة وهذه مغيرة فعند زيادة علم وكونها أثبتت الإقرار سنة سبع عشرة ليس معارضًا لذلك فإنه ليس فيها لأكثر من أنها استصحبت الحياة وأثبتتها في التاريخ المتأخر ذاكرة بعض أوصاف الأحياء فيصير كما لو شهدت إحداهما أنه مات في تاريخ متقدم، وشهدت الأخرى أنه كان حيًّا بعد ذلك يأكل ويشرب فإنه لا يحصل بذلك مقابلة وتعارض فسواء إثباتها أصل الحياة فحسب، وإثباتها أصل الحياة وشيئًا من الصفات التابعة وليس هذا من قبيل ما إذا شهدت بينة أنه مات من مرضه الفلاني وبينة أنه برأ من ذلك المرض ومات من غيره؛ فإن الصحيح أنهما يتعارضان والفارق ما أثبته من البرء من ذلك المرض فإنه أيضًا نقل من الاستصحاب، والله أعلم.

قلت: وسبق عن الإمام والغزالي والرافعي عند الكلام على قول «المنهاج»: ولو مات نصراني عن اثنين مسلم ونصراني، ما ينازع مما ذكره من تقديم بينة موته في رمضان وفيما استشهدت به لذلك فراجعه.

وسئل عمن أثبت دينًا على ميتة وادعى أن لها على زوجها مهرًا ولم يدع ذلك وارثها؛ أجاب: لا تسمع دعواه فإنه يدعي حقًّا لغيره غير منتقل إليه وغايته إذا ثبت له فيه تعلق من غير أن يثبت هو له في عينه وذلك لا يوجب صحة الدعوى، كما لو ادعت الزوجة دينًا لزوجها فإنها لا تسمع، وإن كان لو

....

ثبت لتعلق لها به حق النفقة، وقد تقرر أن الصحيح أن غرماء المفلس لا يحلفون مع الشاهد الواحد عند النكول.

قلت: وفيما أجاب به وقفة للمتأمل ولا تكاد تعدم مما تقدم في باب القضاء على الغائب أو غيره ما ينازعه في فتواه ومعهود أن الإنسان يقيم البينة لإثبات ملك غيره، ولا يحلف لإثبات ملك غيره.

أقر في مرض موته أنه وقف ملكًا معينًا على ابنته وهي وارثته مع ابن أخيه وبعد ابنته على جهات بر مفصلة، وأقر أن ذلك وقفه قبل مرضه في كمال أوصافه فنازعها ابن عمها، وقد كانت اعترفت له بثلث المكان ملكًا فهل هذا الإقرار باطل أو مقبول؟ وهل يبطل فيها اعترفت فيه بالملك أم لا؟ أجاب: لا يبطل هذا الإقرار في حق البطن الثاني وسائر البطون؛ بل يثبت به الوقف بالإضافة الثانية، ثم لا يكون حقهم في حكم الوقف المنقطع الابتداء حتى يكون على الخلاف فيه فإن إقراره فيهم مقبول بتمام وصفه الذي فيه الاتصال؛ لانتفاء المبطل بالنسبة إليهم، وأما في حق البطن الأول فحكمه أن المقر به يصرف نقله الآن إلى البنت فإنه إن كان الأمر في حقها على رأي من يصحح مثل هذا الإقرار فهي تستحقه باعتبار كونها أقرب الناس إلى الواقف لكون أصل الوقف قد ثبت على الجملة على ما تقدم ذكره، وليس له الآن مصرف معين بحكم الوقف وعن شرطه لكوننا على هذا لم نصدق الإقرار بتعيينه ثبوته، وإذا جهل مصرف الوقف صرف على الأصح إلى أقرب الناس إلى الواقف، وهذه البنت هي الأقرب، ثم لا تمنع من استحقاقها بهذه الجهة اعترافها المذكور فإنه لا يخدش بوجه السبب المذكور.

قلت: ولم لا تؤاخذ البنت بمقتضى إقرارها في الثلث بالنسبة إلى مُغَلّه إذا تعذر إعمال إقرارها، ورأيت من يفتي ممن أدركنا بإلغاء إقرار من أقر من أرباب الوقف بأن غيره يستحق منافع الوقف أو بعضه دونه، ومن يفتي بإعمال إقراره في حق نفسه مدة حياته، والقلب إليه أميل؛ بل هو القياس.

وقوله: إن إقرارها لا يخدش في وجه النسب المذكور مشكل؛ إذ ليس معنا

....

وقف محكوم به ببينة عادلة وملكية الواقف له؛ بل اعتراف مجرد منه أخذ به، نعم لو أبدت عذرًا بأن قالت: جهلت كون أبي وقفه لصغري ونحو ذلك فينبغي تصديقها بيمينها وتأخذه وقفًا، وأما مع إصرارها على الاعتراف وسكوتها عن إبداء عذر ففي استحقاقها مغل الثلث المقر به نظر؛ وأطلق رحمه الله الصرف إليها بالسبب المذكور ولم يتعرض لاعتبار فقرها والأصح اشتراطه، والله أعلم.

شخص غائب ثبت عليه دين فاعترف حاضر في يده عين بأنها للغائب فهل تباع بمجرد ذلك في إبقاء دينه؟ أجاب: أنها تباع إذا طلب ذلك رب الدين من الحاكم ولا يتوقف على إثبات ملك الغائب ببينة، فإن اليد انتقلت عن الحاضر باعترافه إلى الغائب فتصير كشخص في يده دار مثلًا غاب وثبت عليه دين فإنها تباع في دينه ولا يمنع من بيعها ادعاء مدعٍ لها من غير بينة؛ لأن دعواه لا تسمع على الغائب إذا لم يكن له بينة لعدم فائدتها.

قلت: وفيما ذكره من الأصل والفرع نزاع للأصحاب أشرنا إليه في التفليس، وكتاب القضاء وأوضحت المختار فيه، وأعاد السؤال أو نحوه من بعد وأجاب بأن المقر يؤاخذ بإقراره ويباع في الدين وإن لم تقم بينة على أنه ملك الغائب وتصرف في دين قضاء الغائب المقر له بها ما لم يكن إقراره مقيدًا موصولًا بما يمنع من ذلك ككونه رهنًا لغيره معدلًا في يده، ونحو هذا هو الظاهر، وأود لو صادفته منقولًا ثم أشار إلى تخريج خلاف في قبول قول ذي اليد أنه عدل في يده رهنًا، ثم قال: وللبحث في المسألة مجال.

دار قامت بينة أن مالكها رهنها من فلان في شهر ربيع الأول سنة سبع وستمائة، وأقام آخر بينة أنه أقر له بها سنة سبع ولم يذكر شهرًا معينًا؛ أجاب: تتعارض البينتان بناء على القول الصحيح فإن صحة الرهن مانعة من صحة الإقرار، ثم موجب التعارض على القول الأصح التساقط فلا يثبت إذن الراهن ولا الإقرار.

وإن قلنا: إن من رهن ثم أقر لغيره يقبل إقراره فتسلم الدار هنا للمقر له ويبطل الرهن.

....

قلت: إذا لم تتعرض بينة الرهن لإقباضه ولا يثبت الإقباض بغيرها؛ ففي معارضتها لبينة الإقرار نظر، وسكت الشيخ عن بيان ذلك.

أقام بينة أن هذه الدار خلفها فلان لورثته وعينهم وأقام ذو اليد بينة أنها انتقلت إليه عن هؤلاء الورثة بطريق الابتياع من غير تفصيل لحصصهم ولا تبيين فهل يكفيه ذلك ويحكم ببينته أم لا؟ أجاب: بعد التوقف لأيام أنه يحكم ببينة المدعى عليه لا سيما إذا كانت بينته قد شهدت له بالملك، وإنما ذكرت الانتقال على الورثة تعرضًا منها للسبب، ولهذا أصول ونظائر محققة محفوظة، وإنما يقدح في صحة الدعوى جهالة تمنع من استيفاء المحكوم به وتوجيه المطالبة نحوه، وذلك حيث يكون المدعي مجهولًا مترددًا أن يكون هذا أو ذاك أو هكذا أو كذاك، أما إذا سلم المدعي من هذا وكان محصورًا بحاصر يضبطه فلا قامت بينة ألا وارث لميت إلا فلان وفلان، ثم قامت بينة أخرى لثالث بكونه وارثًا؛ احتيج إلى تجديد بينة بالحصر ومن الحجة أنه بطلت الثقة بتلك البينة فيما شهدت به من الحصر لتبين خطئها.

قلت: قضية ما سبق عن الأئمة أنه يعمل بهما عند الإمكان ويشترك المشهود لهم بالإرث من غير احتياج إلى تجديد بينة بالحصر، كما لو قامت بينة بأن هذا ابنه لا نعلم له وارثًا سواه، ثم قامت بينة ببنوة ابن آخر خفي على الأولى تقسم التركة بينهما.

أقام بينة أن الملك الذي في يد فلان ملكه وحكم الحاكم له بها ولم تزل يد المدعى عليه حتى مات، وانتقل إلى يد ورثته فأقام المدعي بينة بالحكم المذكور، وأقام الوارث بينة بأن مورثه مات وهو ملكه وفي يده فبأيتهما يحكم؟ أجاب: تقدم بينة الوارث ويحكم بها، وإن ترجحت الأولى بالحكم وهو مرجح على أحد الوجهين لترجيح الثانية بالتنصيص على إثبات الملك في وقت متأخر عما شهدت به الأولى، ففيه إثبات للتجدد ولترجيحها باليد أيضًا وإنما قلت على الأصح للخلاف الثابت في إلحاق بينة الوارث على الوجه المذكور بالبينة الشاهدة بالملك السابق.

....

قلت: قوله: وإنما قلت على الأصح؛ يفهم أنه قال تقدم بينة الوارث ويحكم بها على الأصح، وأما ترجيحه بإثبات التجدد الذي تضمنته بينة الوارث ففيه نظر؛ إذ لو نظر إلى التجدد واعتبر لاحتاج إلى دعوى الانتقال من المحكوم له على ما مرّ، والأقرب أنها مستحبة لليد السابقة على الحكم ولا سيما إذا كانت جاهلة بالحكم الواقع، للخارجي عليه دين فأقر به رب الدين لآخر فادعى عليه به فقال المدين: أتحلف أنك تستحق هذا الدين علي من وجه حق صحيح شرعي؟ هل له ذلك؟ أجاب: إن كانت البينة شهدت بالإقرار فذلك صحيح على الأصح، وللمدعى عليه تحليفه على استحقاقه، وإن كانت شهدت بالاستحقاق فإن ذَكَرَ المدعى عليه لدعواه محملًا نافيًا لتكذيب البينة كان له تحليفه، ومن ذلك أن يقول: إنما شهدت البينة على الظاهر وفي الباطن مسقط لا مطلع عليه.

قلت: ظاهر كلامه أنه يكتفي بهذا اللفظ التحليف وفيه نظر؛ لأنه مدعٍ فسبيله أن يبين ذلك ليتوجه اليمين كقوله: كنت مكرهًا في الباطن وبينه، وإلا فقدٍ يظن ما ليس بمسقط مسقطًا، لا يحلف المدعي على عمى بدعوى مبهمة.

امرأة حضر عندها شهود ليشهدوا عليها بإبراء قوم فقالت: ما أشهد عليَّ حتى آخذ الكتاب الفلاني، فقيل لها: اشهدي عليك واتركي الإشهاد عندك فإن حضر الكتاب المطلوب، وإلا فلا تسلمي الإشهاد عليك إلى أحد ثم استنطقوها فقالت: اشهدوا عليَّ، ففعلوا وتركوا الإشهاد عندها فجاءتهم بعد ساعة وقالت: لا تشهدوا عليَّ بشيء فإن الكتاب المشروط ما حضر، وطلب من الشهود أداء الشهادة في نسخة ثانية فهل يحل لهم ذلك والحالة هذه؟ أجاب: إذا كان هذا هو الذي وجد منها لا يجوز لهم أن يشهدوا عليها بالإقرار؛ لأن قولها: اشهدوا عليَّ قد ثبت أنه ليس بإقرار فإنه لو كتب قبالة بنفسه أو كتبها غيره أو كتبها على الأرض وقال: اشهدوا عليَّ بمضمونه لم يكن إقرارًا خلافًا لأبي حنيفة فيما إذا كتبها بنفسه، كما ذكراه في «الإشراف» و«العدة» للطبري.

....

ثم وقف عليها بعض من يفتي بدمشق فأرسل مستنكرًا يذكر أن هذا خلاف ما في «الوسيط» أنه لو قال: اشهدوا عليَّ بما في هذه القبالة وأنا عالم به؛ فالأصح جواز الشهادة على إقراره بذلك فبينت أن تلك مسألة أخرى مباينة لهذه ففرق بين قوله: أشهدك عليَّ مضافًا إلى نفسه في الإقرار أن يجعل إقرارًا، وفي «البيان»: أنه ليس في ذلك غير الإذن في الشهادة عليَّ ولا تعرض فيه للإقرار بالمكتوب، فإذا كان ذلك في غير هذه الصورة فكيف في هذه الصورة مع ما فيها من القرينة المشعرة بأنها لم تسمح إلا بأن يكتبوا في المكتوب شهادتهم من غير أن تنجز الإبراء وثبت الإقرار، والله أعلم.

قلت: وعلى التسامح بالتحمل بقول القائل: اشهد عليَّ بكذا، جرى الناس في هذه الأعصار، واطرد العرف به، وذكرت في فصل تحمل الشهادة من «الغنية» عن «فتاوى» الغزالي في ذلك تفصيلًا حسنًا.

وعن الدبيلي إطلاق القول بالمنع منه والتشديد في ذلك فراجعه فإنه مهم عند المحتاط المتحفظ في التحمل، هذا ما اتفق انتخابه من «فتاوى» أبي عمرو، وإنما أوردت أكثرها لأني رأيت كثيرًا من قضاة العصر ومفتيه يعتمدونها في أمثال هذه الحوادث وفي بعضها ما أشرت إليه، وبالله التوفيق.

فَصْلٌ

سُئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام عن وصي أو قاض دخل بيت الميت وبه أمتعة وأموال والمنزل ملكه أو مستأجر وبه جماعة من زوجة وولد كثير وغلام أجنبي كلهم ساكنو المتوفى ولا يرون به، فادعى كل منهم شيئًا ولا بينة هناك، وجاء أناس فطلبوا ودائع من الوصي على الأطفال وما ثم سوى المذكورين، وكل منهم يشهد للآخر ويدهم على ما في البيت وكانوا يشاهدون في دخولهم وخروجهم ومقامهم في المنزل في حياة الموصي الميت، فما السبيل إلى صرف ما يدعيه كل منهم إليه وبراءة ساحة الوصي أو الناظر؟ هل يكفي إيمان كل واحد منهم على ما يدعيه أم لا بد من بينة عند الحاكم أو

....

شهادة من يرضاه الوصي ويسكن إليه كاف؟ وهل يسمع قول الزوجة أو بعض المساكين المقيمين بالمنزل أن هذه وديعة فلان أم لا بد من بينة؟ وهل على المودع يمين مع البينة أم لا؟

الجواب: إذا كانت أيديهم على ذلك فأقروا بشيء لبعضهم أو غيرهم قبل إقرارهم فإن اختلفوا وجعل بينهم بالسوية ولا يقبل قول الوصي وتقبل شهادته بشرطها، ومن شهد من أرباب الأيدي قبل قوله في قدر نصيبه ولا يقبل في نصيب غيره حتى تثبت عدالته، انتهى.

وقوله رَحِمَهُ اللهُ تعالى: (فإن أقروا بشيء) إلى قوله: (وجعل بينهم بالسوية) محمول على ما يدعون اختصاصهم به من ذلك ويدهم ثابتة عليه وهم أهل التصادق، وإلا فإقرار الكامل لا يقبل في حق الناقص من طفل ومحجور عليه.

وأفاد أن يد الوالد الكبير للمساكين لأبويه في المنزل مشاركة لأيديهما على ما فيه، فالظاهر أن الولد الصغير والمجنون ليس كذلك بل يكون تبعًا لهما لا عبرة بيده الحليمة لكن سبق أنه لا فرق بين أن يكون أحد الزوجين أو الأخوين كبيرًا أو صغيرًا، وقد يفرق بالتبعية، وهل البالغ السفيه مع الأب كالرشيد؟ فيه وقفة وهذا إذا لم يعهد له ولا للصغير والمجنون مال، وأما الغلام الأجنبي ففي النفس من إلحاقه بالولد الكامل في غير ما يده الحسية عليه حزازة وربما سبق ما يمنعه، وسكت رَحِمَهُ اللهُ عن جواب السائل أنه إذا سكنت نفس الوصي إلى المدعي والظاهر أنه لا يكفي في الظاهر قطعًا، وإن علم الموصي صدق المدعي وأمانته بل لا بد من الثبوت بالحاكم بشرط ولا بد من اليمين المعتبرة في الحكم على الميت والصغير، نعم يظهر أنه إذا علم الوصي حقيقة الحال أنه يسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى بل هو يجب عليه باطنًا إذا كان لا يقبل قوله فيه بمفرده حيث لا شاهد سواه، والحاكم ممن لا يقضي بشاهد ويمين ونحو ذلك أو كان الحق لمن لا يمكن تحليفه في الحال كالأطفال ونحوهم، والله أعلم.

وسُئل عمن بلغ بالغًا وهو معترف بالرق له ثم ادعى بعد ذلك أنه حر

....

وأظهر كتاب عتق متقدم التاريخ على البيع فهل تسمع دعواه بما يخالف إقراره، فإن لم تسمع هل المشهود أن يؤدوا الشهادة بالحرية حسبة وهو لا يدعيها؟ فأجاب: أن يدعي ذلك ويقيم عليه البينة ولو لم يقم البينة أوجب على من يعلم الحرية أن يشهد بذلك حسبة، انتهى.

وسبق مرات ما ينازع في سماع دعواه وبينته إذا لم يذكر تأويلًا محتملًا، والله أعلم. لكن قد يفرق بأن العرف هنا مطرد بأن العتيق يطلق على نفسه أنه مملوك فلان وكذلك غيره من الناس، وإن علموا عتقه وتحققوه فيقولون: هذا مملوك فلان كما يقوله هو عن نفسه نعم إن أقر على نفسه صريحًا بأنه باقٍ في رقه ففي سماع دعواه من غير تأويل ما أشرنا إليه.

فصل فيه جملة مما جمع من «فتاوى» الشيخ تاج الدين ومعاصريه ومنهم المصنف رحمهم الله وإيانا:

رجل كان له ملك وللملك حق من الماء يجري في ملك له آخر، وكان حق الماء المذكور قد دثر وخربت قناته فباع المالك ذلك الملك الذي فيه حق إجراء الماء بجميع حقوقه ومرافقه، ثم باع الملك لآخر فأصلح المشتري قناته وأراد إجراء الماء في تلك القناة الداثرة، وأن يسوق الماء في ملك المشتري الأول، فهل له منعه منه؟ أجاب: البرهان المراعى له إجراء الماء وعمارة القناة وليس للمشتري الأول منعه منه ولا من عمارة القناة، وصحح على جوابه الشيخ تاج الدين الحيوان، قال الشيخ تاج الدين الفزاري: ووافقتهما، ثم ظهر لي أن له المنع من ذلك.

قلت: ما أفتوا به ظاهر؛ لأن الحق المستقر لا يبطل الدثور طريقه ولا مجراه، بل يبقى أبدًا هذا مقتضى المذهب، ولا تعدم له شواهد، نعم يظهر أن للمشتري الأول الخيار إذا جهل الحال اشترى أذرعًا معلومة من أرض، على أن تحفر قناة فإذا حفرها رمى التراب حول القناة في أرض البائع، وكان قد اشترى للحفر بحقوق ذلك، قال الشيخ الفزاري: فكتبت له ذلك ثم وقع عندي تردد بسبب أن إلقاء التراب في غير المبيع تصرف في ملك البائع، والعقد لا

....

يوجب ذلك، ثم قلت: ويمكن تخريجه على ما ذكره الغزالي فيمن باع أرضًا محفوفة بملك البائع وشرط المرور، فللمشتري المرور من جميع الجوانب وعندي بعد وقفة، انتهى.

والقياس المنع لما فيه من تعطل ملك الغير التعطيل الدائم والتشبيه بالمرور بعيد، نعم قد يوجه بأن العرف جارٍ، بأن من حفر قناة بصحراء ألقى ترابها على حافاتها فكأن البائع رضي بذلك بحكم العرف، وفيه نظر.

له أرض لها شرب من دولاب على سكْرٍ على نهرٍ مباحٍ فعمرها دارًا وباعها بحقوقها ولم يعين في البيع الدولاب والسكر المستحقّ لشربها، فهل يدخل ذلك في قوله بحقوقها أم يقتصر على ما يستحقه خصوصية الدار من صرف مياهها وحريم جدارها؟ وهل إذا كان في الأرض المملوكة قناة لغير المالك أو على جداره جذوع لغيره هل له أن يزيل ذلك عن ملكه من غير بينة على عدوان الغير أم لا؟ وهل إذا ثبت عليه حق فادعى على المدعي أنه يعلم عدم استحقاقه وطلب يمينه تتوجه عليه اليمين أم لا؟

أجاب أيضًا: بأنه لا يدخل الدولاب والسكر إلا أن يقول بحقوقها الخارجة عنها ولا تزال يد صاحب القناة والجذع إلا ببينة تشهد بتعديه بذلك وتتوجه الدعوى بعلمه بعدم استحقاقه وتلزمه اليمين.

قلت: وما ذكره في الدولاب والسكر هو قضية ما في «الإشراف» و«روضة الحكام» عند الإطلاق، قال شريح الروياني: والحقوق الخارجة مثل المنفذ والساباط المنفصل ومجرى الماء وهو الشرب المملوك من نهر، فإن ذلك لا يدخل في إطلاق البيع، وذكر الهروي نحوه، وأما إذا قال: بحقوقها، فسبق في البيوع عن الرافعي: إنه لا تدخل مسائل الماء في بيع الأرض، وكذا لا يدخل فيها شربها من النهر، والقناة للمملوكين إلا بشرط أن يقول بحقوقها، وأما ما ذكره من منع إزالة يد صاحب القناة والجذع إلا ببينة تشهد بتعديه، فعبارة موهمة ومراده: إذا لم يعرف أصلها أصلًا، أما لو عرف أن أصله إعارة أو إجارة مؤقتة، فحكمه مبين في كتاب الصلح على أنه سبق في «فتاوى»

....

القاضي الحسين أو البغوي ما يقتضي أن له ذلك، وتكلمنا عليه، وأما ما ذكره من تحليف المدعي ففي إطلاقه نظر يعرف مما سبق في طلبه يمين المدعي بعد قيام البينة عليه بالحق.

أفتى ابن عبد السلام أنه يصح بيع المصادر إذا لم يكره على عين البيع، وأنه لا تسمع الدعوى بالإكراه وإلا الشهادة به إلا مفصلة، وأن يتفق الشاهدان على ذلك التفصيل، وأنه إذا ثبت إقراره بالطواعية لم تثبت دعواه أنه أكره على الإقرار بالقبض، لم يثبت إلا ببينة تشهد على أنه أكره على الإقرار بالقبض الإكراه المعتبر وتابعه على هذا جماعة كثيرة.

قلت: وربما يفهم من كلام الأئمة وما سلف في كتاب «الإقرار» وغيره ما ينازع في هذا الحصر في البينة، إذا دلت القرائن على صدقه في دعوى الإكراه فراجعه.

أثبت دينًا له على ميت وأنه لم يزل مالكًا حائزًا لكذا، وحلف على الاستحقاق وطلب بيع الملك في دينه، فنصب الحاكم عدلًا باعه منه، ثم قاصص العدل البائع المشتري بالثمن من بعض دينه، ثم أجر المشتري المكان مدة سنين وأقر بالأجرة لشخص عينه ثم غاب إلى فوق مسافة القصر، ثم حضر آخر فأثبت على الميت دينًا وحلف عليه وطلب من الحاكم المحاصصة في البيع، فهل له ذلك أم لا لكون البيع قد تعلق به حق المستأجر والمقر له بالأجرة، فإن وقعت المحاصة، هل يحكم ببطلان البيع أو يباع على الغائب، ومع ذلك كله هل يحكم ببطلان الإجارة والإقرار في القدر المحاصص به أم لا؟ أجاب الشيخ عز الدين: البيع صحيح، فإن كان للميت تركة غير ذلك وفي الدين الثاني منها وإلا وقعت المحاصة في ثمن المبيع ولا يبطل البيع، ويصح إيجار الأول لما يقابل قدر المحاصة لكن يؤخذ منه من ثمنه قدر المحاصصة ويحتمل ألا يصح الإيجار لذلك، انتهى، وهذا جواب مشكل «جامع الفتاوى» أغفل شيئًا منه.

وأجاب النصير مبارك بن الطباخ من المصريين البيع صحيح عند تحقق معتبراته، وكذلك الإجارة أيضًا، ويطالب المشتري بقدر حصة الغريم الثاني

....

من الثمن، انتهى، وهذا صحيح.

له دين وبه رهن فأقر بأن الدين لزوجته وابنه الذي تحت حجره، فهل ينفك الرهن بهذا الإقرار؟ أجاب المصنف والشيخ عز الدين الفاروثي الشافعي أيضًا: بأنه لا ينفك، قال الشيخ تاج الدين: والجوابان غلط صريح، فإن الرهن ثبت للأول برضا صاحبه بيده ولم يرض بغيره، فإذا نقل الدين إلى غيره لم ينتقل الرهن إليه؛ لأنه لم يرض بيد الآخر، وصورة الإقرار أنه قال: صار الدين لولده وزوجته بوجه حق صحيح وإنما يصير الدين لهما بذلك بالحوالة، وإلا فالدين لا يصير لهما بوجه لازم بغير ذلك، ثم لو قال هذا المقر: لم يكن إقرارًا صحيحًا؛ لأنه لا حق لهما علي وإنما قصدت بذلك تخصيصهما بهذا الدين دون الورثة والحال في المسألة كذلك، فإنه كان مريضًا حين أقر، وذكر أنه قصد ذلك، قال الشيخ: فهل يقبل قوله في ذلك بيمينه؛ لأن ظاهر الحال واعتبار الناس ذلك يشهد له؟ فإن قيل: فهل يبقى الرهن كما كان؟ قال الشيخ تاج الدين بعد اعتراضه: إنه يقبل قوله، وأن الرهن لا يعود؛ لأن إقراره الأول أوجب فك الرهن، وذلك حق لآدمي فلا يقبل الرجوع.

قال: وسمعت القاضي نجم الدين ابن سَني الدولة أبا الفقيه العلامة، يقول: إن هذه المسألة مسطورة، إذا كان له دين وبه رهن فأقر بالدين لآخر انتقل الدين بالرهن معه، انتهى.

قلت: إن أقر بأن اسمه في الوثيقة عارية وأن المداينة والارتهان كان لهما، فبقاء الرهن بحاله واضح، وإن أطلق الإقرار من غير بيانٍ للحال فهو كذلك على احتمال ما، وإن دل كلامه على انتقاله إليهما بحوالة أو بيع فالانفكاك هو الظاهر واعتراضه صحيح، وعجبٌ قوله: فإن الرهن ثبت للأول إلى آخره، فإنه يصلح أن يكتب [شرطًا] بعدم إقرار يدهما، لا لانفكاك الرهن، وأما قبول قول المقر بيمينه أنه قصد التخصيص فظاهر في حق الولد بعيد في حق الزوجة لا يجيء على المذهب أصلًا، وإنما قلنا به في الولد؛ لأنا نرى أن الراجح قبول تفسيره الإقرار المطلق له بالهبة، ولا كذلك الزوجة ونحوها.

....

طلبت الزوجة صداقها فدفعه إليها وأراد السفر بها، فحكم الحاكم بالسفر، فحضر شخص وادعى دينًا عليها فصدقته، فطلب حبسها وتعويقها عن السفر، فهل يجاب؟ أفتى الشيخ تاج الدين: بأنه لا يسقط حق الزوج من السفر بها بذلك، ووافقه جماعة من الفقهاء، والقاضي البستاني أيضًا، قال الشيخ: وخالف القاضي عز الدين ابن الصائغ في ذلك وحبسها وهو خطأ.

قلت: ليس بخطأ، وسبق عن «روضة الحكام» في المسألة بعينها أن للمقر له حبسها ومنعها السفر معه، وأنه لا يقبل قول الزوج إن قصدها بالإقرار لامتناع من المسافرة، ولم يذكر سواه وهو القياس.

ثم ذكر أنه لو أقام الزوج بينة بأنها قصدت بذلك تعطيل المسافرة فهل تقبل؟ وجهان ذكرهما في باب القضاء واستبعدنا هذه البينة هكذا، وقد تسمع على إقرارها قبل الإقرار للغير، وفيه نظر.

أفتى الشيخ تاج الدين بأن شهادة الأجانب برشد امرأة أجنبية منهم مقبولة، ووافقه البرهان الراعي وجماعة، فأنكر ذلك عليهم القاضي ابن خلكان وقال: إنه خلاف نص الشافعي في «المختصر» فإنه نص أنه لا تقبل إلا شهادة المحارم، وأشار به إلى قوله في «المختصر»: واختيار المرأة مع علم صلاحها لقلة مخالطتها في البيع والشراء أبعد، فيختبرها النساء وذوو المحارم بما وصفت، قال الشيخ تاج الدين: ولم أجد هذه المسألة في «النهاية».

وقال القاضي أبو الطيب في «تعليقه»: وأما الإناث فذكر صفة اختيارهن ولم يتعرض لتخصيص الشهادة بالمحارم وهذا موضع بيانه، ولو كان كلام الشافعي يشير إليه لبينة وأما تعرض الشافعي للطريق الغالب في الاختيار دون الشهادة، وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: وأما الجارية فتختبر بأن يعاملها محارمها والنسوان، وقال الماوردي: واختبار الجارية في رشدها أصعب من اختبار الغلام الذي يجوز للولي اختباره، وإن كان أجنبيًا، وصرح في «المهذب» باختبار الولي المرأة من غير اشتراط محرمية، انتهى.

....

قلت: وهذه استرواح ضعيف، والظاهر الغالب أن الأجانب لا يطلعون على رشد المرأة دينًا ودنيا إلا بالتسامع أو المخالطة المطلعة على ذلك ممتنعة، وقد أفتى الشيخ الإمام أبو عمرو بن الصلاح بجواز الشهادة بالرشد بالتسامع، فإن صح هذا فذاك، وسبق عن القفال الكبير والقاضي الحسين تجويز الشهادة بالعدالة بالاستفاضة، وأن الغزالي مع ذلك، ونازعه الرافعي فيه كما بيناه، وهو يقرب مما نحن فيه ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة، ومعرفة الرشد أصعب فيما يظهر، والله أعلم.

مسألة: حجر قاضي الشام الشافعي على امرأة أسد الدين بن موسك بالسفه وعمرها فوق الستين، بدعوى ابنها وهو صغير محجور عليه، وأقيم عنه من يدعي وسمع البينة، وحجر بذلك.

قال الشيخ تاج الدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهذا لم يسبق إليه لأن الصغير لا دعوى له، وإن كان الذي أقيم نائبًا عنه لأنه ناظر في أمور المحجورين فكيف ينفذ حكمه لنفسه؟

قلت: وهذا اعتراض عجيب، ومعلوم أن دعوى الصغر لغو قطعًا، ونصب الحاكم مدعيًّا لا يقدح في الحكم بسماع البينة بل له سماعها بالسفه بحجر حبسه، وكما صرح به الأئمة ولا نزاع عندنا أعلمه، إن للقاضي أن يحجر على السفهاء بالسفه المستمر وغيره مما يطرأ فما فعله القاضي لا إنكار عليه فيه، والله أعلم.

مسألة: له دار ولجاره مكان ينزل منه الضوء إلى دار جاره من جداره فهل لصاحب الجدار أن يسد الكوة التي ينزل منها الضوء إلى جاره؟ وهل له أن يهدم الحائط بالكلية أم لا؟

أجاب البرهان المراغي ليس له هدم الحائط لحق الشرع، ولا أن يسد الكوة لحق الجار، وجواب القاضي بهاء الدين ابن الزكي: ليس له أن يسد الكوة، وجواب الخطيب ابن الحرستاني: إن كان ذلك بحق فليس له أن يسدها، وامتنع الشيخ تاج الدين من الكتابة فيهما قائلًا: هذا لا يمكن أن

....

يكون بحق، فإنه مجرد هواء والهواء لا يقابل بعوض، وكتب عليها ابن البارزي قاضي حماة: لا يسدها.

قال الشيخ تاج الدين: وذكر لي تاج الدين ابن المغيزل: إنه وجدها نقلًا في «فروق» الجويني، ثم خطر لي بعد أيام إن فتح الكوة يكون بحق إذا اشترى منه ذراعًا من الحائط مثلًا، وفتح ذلك القدر كوة فإن هذا عقد على عين وهو أولى بالجواز من بيع حق البناء على الأرض، وقد أجازه في «الوسيط» وليس في هذا إلا أنه يشبه بيع ذراع من ثوب تنقص قيمته بقطعه، فإن بيع ذراع من جدار لفتحه كوة يفسد الحائط ويفسد قيمته، فإذا فعل ذلك وحكم به حاكم لزم واستمر؛ لأنه موضع اجتهاد، وعلى هذا ينبغي أن يقال: مدعي الحق يقيم عليه البينة فإن ذلك على خلاف الأصل، انتهى.

قلت: والذي في «الفروق»: إنه إذا استضاء الجار بضياء الكوة في دار الجار، فلو أراد الجار سد الكوة لم يكن له ذلك، إذا كان فتح الكوة في الأصل بالحق والعدل، وكذلك لو أراد أصحاب السفل أن يبنوا في عَرْصَةِ الْخَانِ من الأبنية الرفيعة المشيدة ما يمنع الغرف ضياء العَرْصَةِ فلصاحب الغرف منعهم من ذلك، انتهى، وهذا غريب.

والمفهوم من كلام غيره أنه لا حجر على الجار في البناء، وأما سد الكوة فتفصيل ابن الحَرَسْتاني فيه متعين، وأوضح مثال لحق الاستضاءة أن يبني إنسان دارين ويجعل في جدار إحديهما كوة أو كوى لأجل إضاءة الدار الأخرى ثم يبيعها بحقوقها ومرافقها فلا يملك سد الكوى هو ولا غيره؛ لأن الإضاءة منها من حقوق الدار المبيعة فيما يظهر، والله أعلم.

مسألة: ضمن دينًا ثم أداه ومات فطلب ورثته الرجوع على الأصل حيث له الرجوع فهل للأصيل تحليف رب الدين أنه قبض ذلك من المديون أم لا؟

أجاب: البرهان المراغي بأن له ذلك، قال الشيخ تاج الدين وظهر لي أنه لا يحلفه لأنه لا تعلق له في الدعوى به.

....

قلت: والظاهر أن المراد أنه لما طالب ورثته الكفيل الأصيل بما أداه مورثهم عنه زعم الأصيل أنه أدى دينه بنفسه ورام تحليف الدائن ولا شك في إجابته إليه أو أن المراد أن الكفيل لم يؤد إليك شيئًا فلا رجوع لورثته علي وهو ما فهمه الشيخ فهذا محتمل لكن قوله قبض ذلك من المديون ولم يقل من الكفيل يوجب التوقف فيه، والله أعلم.

مسألة: زوج ابنه على صداق ضمنه فمات الابن وترك ما يفي بالصداق، فأراد وارثه أن يؤخذ الصداق من الأب وتبقى التركة ميراثًا؛ لأن الأب كان قد ضمن بغير إذن الابن؟ أجاب الشيخ تاج الدين: بأن للضامن الامتناع من الأداء حتى يقضي الدين من التركة ووافقه المراغي.

قال الشيخ: واعتمدت في هذا الجواب على أن الدين تعلق بالتركة تعلق الشركة، وإذا كان الحق متعلقًا بالذمة وبالعين كان لمن الدين في ذمته أن يمتنع من الأداء حتى يوفي من العين بدليل أن من عليه دين وبه رهن لا يلزم الأداء إذا أمكن استيفاء الدين من الرهن، وأيضًا فالدين لا ينتقل بالضمان من ذمة الأصيل، فإذا مات تعلق بتركته ولا ميراث إلا بعد قضاء الدين بنص القرآن، فلو جاز إلزام الضامن بالأداء وأن تبقى التركة للوارث لتقدم الإرث على الدين، ثم قال: وجدت في «الغاية مختصر النهاية» لشيخنا عز الدين بن عبد السلام في باب الضمان، مات الأصيل فأراد الكفيل إلزام رب الدين بقبضه من التركة أو أن يبرئه من الضمان فله ذلك على أظهر الوجهين.

وفي «النهاية» أن الأجل إذا ثبت مقصودًا في حق الضامن فمات الأصيل وحل الدين وكانت تركته عتيدة وافية، فقال رب الدين: لست أطلب حقي من التركة، فهل للضامن أن يقول: إما أن تأخذ حقك من تركته ناجزًا أو تخلصني من عهدة الضمان، وإما أن تبرئني عن الضمان؟ فعلى وجهين؛ أظهرهما: في النقل أن لضامن ذلك، والثاني: ليس له ذلك وهو ظاهر القياس، وقد ذكره الشيخ أبو علي رمزًا، انتهى.

قلت: وفيما أفتى به ـ رحمه الله ـ نظر، وليس لوارث الابن الاعتراض في

....

الواقعة، وإنما طلب الإيفاء للزوجة ومن ينوب عنها، وحينئذ فالقياس الظاهر أن لها التعلق بالتركة قطعًا ومطالبة الضامن على حسب اختيارها، ولا مدفع لمطالبتها للضامن بالدين الحال ولا سيما إذا كان إيفاؤها يتأخر إلى بيع أعيان التركة ونحو ذلك، والضامن مليء قادر على الإيفاء في الحال وأما مسألة الرهن فسبق الكلام فيها أو في نحوها مع ابن الرفعة ومنازعته فيما ذكره من ذلك.

مسألة: أقر أن جميع ما في يده من الأملاك من مقسوم ومشاع بينه وبين أخيه بالسوية، إلا ما وقفه أو أقر به ومضى على ذلك مدة فمات المقر له، وطلب ورثته نصف الأملاك، فادعى المقر أنه وقف أو ملك كذا، فهل تقبل دعواه أم يحتاج إلى بينة؟

وإذا طلب الورثة من الحاكم تسليم نصف الموجود في يده؛ حتى يثبت الوقف هل يجيبهم إلى ذلك أم لا؟ أجاب الشيخ تاج الدين: إنه يلزمه تسليم الأملاك ويجيبهم الحاكم إلى ذلك ووافقه البرهان المراغي.

وأجاب الشيخ شرف الدين المقدسي: إذا لم يكن المقر به والموقوف مثبتًا كان مجهولًا ويصير أصل الإقرار مجهولًا، ويقبل قوله في الوقف والإقرار، قال الشيخ تاج الدين: والظاهر أن الصواب ما كتبه، ثم وقعت المسألة ثانيًا بحماة، ووردت دمشق وصورتها رجل ادعى على عمه نصف أملاك عددها وبينها وأنها مخلفة عن أبيه أخي المدعى عليه، فأنكر فأقام المدعي بينة بإقرار المنكر بذلك، وطلب منه الحاكم بينة تشهد بأن هذه الأماكن المدعى بها كانت في يد المقر حالة الإقرار فإنها غير معينة في كتاب الإقرار، فهل يلزمه ذلك وإذا أقام به بينة؟ فقال: العم أو وكيله هذا الإقرار يتضمن إقرارًا بأملاك مجهولة، وفيها استثناء مجهول وهو قوله ما عدا ما أقر به ووقفه فلا يصح، فهل يسمع منه ذلك وهل يصح الإقرار أم لا؟

فإن قلتم: يصح، فقال: العم وقفت وأقررت بكذا وكذا، وعدد مواضع كثيرة من جملة ما يثبت أنه كان بيده حالة الإقرار، فهل يقبل قوله بلا بينة أم لا؟

....

فإن قلتم: لا بد من بينة، فهل تسمع بينة شهدت عليه بالوقف والإقرار قبل إقراره هذا أم لا فرق بينما أقر به قبل وبعد ولو لم تكن بينة؟ فقال المدعي: أقررت بموضع واحد ووقفت آخر، فقال: بل أقررت بمواضع ووقفت مواضع، فقول من يتبع منهما؟ ولو سكت العم المقر ولم يدع شيئًا فما الذي يسلمه إلى المدعي وإخوته أولاد المقر له؟ فكتب الشيخ تاج الدين: الإقرار صحيح ويلزمه حكمه في كل ما قامت البينة أنه كان في يد المقر حالة الإقرار إلا ما يستثنيه، والقول قول المقر في المستثنى مع يمينه.

وصحح الشيخ محيي الدين المصنف على جوابه، وكتب الشيخ شرف الدين المقدسي: نعم؛ يلزمه إقامة البينة أنه كان في يد المقر حالة الإقرار والإقرار المذكور صحيح ولا تسمع الدعوى بأنه باطل بسبب جهالة المستثنى، والقول قوله في تعيين ما وقفه وأقر به من المنصف الذي كان تحت يده حال الإقرار دون النصف الذي كان تحت يد أخيه والد المدعي وإذا سكت المدعى عليه طولب بالجواب، فإن أصر ولم يذكر شيئًا جعل ناكلًا وعين المدعي الأماكن المستثناة وحلف وسلم إليه نصف ما عدا ذلك، انتهى.

باعه بدينه عليه نصف بستان بيعًا صحيحًا وأشهد به شهودًا ثم مات البائع فادعى وارثه أن البيع الجاري بينهما كان بيع أمانة وأنه متى جاءه بالثمن رد عليه المبيع، وأقام بذلك بينة، فهل يعمل ببينة الفساد أم ببينة الصحة؟

أجاب شرف الدين المقدسي: بأنه إذا شهدت كل واحدة على إنشاء العقد على ما ذكرت تعارضتا وسقطتا، وأفتى كما لو لم تكن بينة فيصدق من يدعي نفي الشرط وإن شهدت واحدة بإقرار وأخرى على الإنشاء فهي أولى فإن معها زيادة علم فإن شهدتا على الإقرار تعارضتا وسقطتا، انتهى.

وكان هذا حيث لا تاريخ أما لو أرخت أو تقدم إقراره بأنه اشتراها بالشرط المذكور أخذ به لا محالة.

مسألة: وقف سهمين مشاعين من تسعة أسهم مضمومة من أربعة وعشرين

....

سهمًا من قرية مشهورة ذكرت حدودها لحمالها في كتاب الوقف، ولم تذكر حدود الأسهم التسعة فشهد اثنان أن الواقف مالك حائز للسهمين الموقوفين إلى الوقف، ولم يتعرضا لحدود السهام التسعة فهل تسمع هذه الشهادة؟

أجاب الشيخ تاج الدين: تسمع وليس للحاكم سؤال الشاهد عن الحدود.

وأجاب المراغي: إذا شهدا بأن الواقف كان مالكًا للسهمين وقد وقفهما يثبت الوقف لكن عند وجود منازع يحتاج إلى تعيين التسعة التي الموقوفان منها، وأجاب الْكَمَالُ سَلَّارٌ: بأن هذه الشهادة لا تسمع.

قلت: وهو الموافق للمنقول كما سبق مما أراه، والله أعلم.

شهدا بدين فسأل الحاكم أحدهما فقال: شهدت على المقر أنا وفلان يسمي شخصًا فسأل الحاكم الشاهد للآخر فقال: أنا شهدت عليه وحدي فهل يقدح ذلك فيهما أو في أحدهما؟

أجاب زين الدين عمر مكي وكيل بيت المال: إنه لا يقدح فيهما ووافقه الشيخ تاج الدين، قال: وفي خاطري منه وقفة.

قلت: إن صرح الأول بأنهما شهدا عليه مجتمعين في مجلس واحدٍ واقتضى لفظه ذلك فهو محل نظر، وإن أطلق كما ذكر في السؤال فلا يوقف، وإن تبادر منه اجتماعهما على التحمل في آن واحد إذ لكلامه محمل صحيح.

وقف حصة من مكان ولم يذكر الحدود حين الوقف ومات، فخرج الشهود بعد ذلك ووقفوا على الحدود فأدوا الشهادة بالوقف معينًا.

أفتى الشيخ تاج الدين: إنه ليس لهم ذلك ولا تقبل شهادتهم المعينة، والحالة هذه ووافقه الجماعة على ذلك مدرسة موقوفة من مائة سنة.

ادعى رجل أن النظر له فيها وفي أوقافها ولم يسند النظر إلى الواقف، ولا أنه تلقاه من جهته وكتب محضرًا فشهد له جماعة عدول أن له النظر في هذه المدرسة وفي أوقافها، وليس منهم أحد شهد على الواقف ولا على شهادة من شهد على الوقف، فسألهم الحاكم المتنازع إليه عن مسند شهادتهم، هل هي

....

على الواقف وإقراره، أو بالاستفاضة؟ فلم يبينوا ذلك وصمموا وقالوا: نعلم ذلك، فهل تنزل هذه الشهادة بمنزلة الشهادة بالاستفاضة وتلحق بها أم لا؟ وإن كانت بمنزلة الشهادة بالاستفاضة فهل تسمع شهادتهم ويثبت النظر أم لا؟ وهل يلزمهم بيان سبب الشهادة المذكورة أم لا؟

أجاب العماد بن الشيرازي بأنه: لا يجوز للشاهد أن يشهد بذلك ما لم يسمع من الواقف وممن فوض الواقف إليه النظر، وشرط له أن يفوض النظر إلى غيره بحيث يستند ذلك كله إلى الواقف بشرطه ذلك، ولا يثبت مثل هذا النظر بالاستفاضة.

وأجاب ابن الصلاح بما مثاله: إذا كانت الحال في ذلك تأبى تلقي ذلك من السماع من الواقف ومن له التفويض فذلك محمول على مستند الاستفاضة، وليس يظهر ثبوت ذلك بشهادة الاستفاضة، ثم إن شهادة من شهد أن النظر لفلان من غير بيان السبب غير مقبولة على ما هو الظاهر كما لو شهد أن الإرث لفلان من غير بيان سبب.

قلت: وقد عمت البلوى في هذه الأزمان وقبلها بأن الشهود يشهدون لشخص بالنظر، وأن له ولاية الإسناد وأن له كذا وإن من مات من أولاده إلى أنواع من ضروب شتى من جهة النظر والاستحقاق كما يذكره الواقف حين إنشائه الوقف من غير بيان أصلًا ويكون بين هذه الشهادة وبين إنشاء الوقف مدد لم يدرك الشهود ولا قاربوا إدراكها، ويثبت ذلك قضاة العصر الشافعية ويحكمون به ويتوارث ذرية المسند النظر وغيره على ما ذكره المسند كأنه الواقف ولا شك أن هذه مجازفة صادرة عن جهل من الشاهد وغيره، ولا سيما وأكثر الشهود عوام، والصواب في هذا وأمثاله استفسارهم.

امرأة تصرفت وثبت ذلك وأنها فعلته حال جواز أمرها كعادة المكاتيب، ثم حضر من ادعى أنها لما فعلت ذلك كانت سفيهة غير جائزة التصرف، وأقام بذلك بينة فإن البينتين تقدم، وعرض السؤال على الشيخ تاج الدين، فقال: لا تسمع بينة السفه، ثم عرض السؤال عليه وفيه خطوط وجماعة بأن بينة السفه

....

تقدم فخطأهم، وقال: هذا عندي خطأ.

قلت: وفي كونه خطأ نظر، وبه أفتى ابن الصلاح وغيره وعجب إطلاقه أنه لا تسمع بينة السفه، والظاهر أن شهود المكتوب بنوا شهادتهم بجواز أمرها على ظاهر الحال فمع بينة السفه زيادة علم كالجارحة مع المعدلة على أن في شهادة الأجانب للأجنبية بجواز التصرف والرشد ما فيها.

أقام بينة أن مكان كذا المنسوب إلى وقف فلان استحقه بطريق الوقف، وأنه لا شريك له والوقف بيده، وأقام آخر بينة أن المكان الفلاني المنسوب إلى وقف فلان وقفه على ابنه فلان وابنته فلانة وعلى نسلهما وعقبهما، وأثبت أنه من نسل بنت الواقف وأراد مشاركة الأول فأي البينتين تقدم؟ تردد الشيخ تاج الدين فيه ثم رأى أن الشهادتين ترجعان في الاستفاضة؛ فإن الوقف من تاريخ متقدم لا يمكن أن الشهود يشهدون على الواقف، وإذا كان كذلك؛ فالشروط لا تثبت بالاستفاضة، وأصل الوقف ثبت وصاحب اليد مستحق بحكم اليد ولا بد للخارج مشاركة إنما هي بطريق شهادة الاستفاضة في الشرط فلا تسمع، فكذب بعد ذلك تقدم بينة صاحب اليد ووافقه الجماعة في ذلك.

أجر حمامًا ودارًا مدة عشر سنين ثم مرض المؤجر فكتب بينه وبين المستأجر مُبَارَأَة مطلقة من جميع الحقوق والدعاوى وأنواع المطالبات فهل تدخل الإجارة في ذلك؟ أفتى الشيخ تاج الدين: بأنها تدخل، وأفتى القاضي بهاء الدين بن الزكي: بأنها لا تدخل في ذلك.

قلت: وسبق عن ابن الصلاح ما يوافقه.

ادعى على ميت دينًا وأقام بينة فقدح الوارث في الشاهد بإثبات عداوة بين الوارث وبينه، فهل يكفي ذلك مع أن الشاهد إنما شهد على إقرار الميت؟

أفتى الشيخ تاج الدين: بأن ذلك لا يكفي.

قلت: وفيه نظر وسبق عن «البحر» في ذلك احتمال وجهين: أحدهما: لا تقبل شهادتهم؛ لأن الضرر يلحق الوارث فهي شهادة على الخصم في

شَرْطُ الْقَائِفِ: مُسْلِمٌ عَدْلٌ، مُجَرَّبٌ، ....

الحقيقة، ثم ذكر الوجه الآخر ولم يرجح شيئًا، والمختار عندي الرد لقوة التهمة وأيضًا فهي شهادة على الوارث؛ لأن التركة انتقلت إليه بموت مورثه.

رجل بيده قطع ملك محدودة مفروزة ثابت على الحكام محكوم به فادعى إنسان حصة مشاعة في القرية التي انقطع منها وأثبت ذلك وأراد مقاسمة صاحب القطع فهل له ذلك أم لا إذا حكم الحاكم بذلك وأذن في القسمة هل تنقض القسمة والحكم؟ أجاب الشيخ تاج الدين: إن المدعي لا يستحق مقاسمة صاحب القطع ولا يجوز للحاكم الإذن في ذلك، ولو أذن وقسمت كانت القسمة منقوضة، وكذا لو حكم كان حكمه منقوضًا، ووافقه ابن سني الدولة والمراغي والجماعة كلهم من الشافعية والحنابلة والحنفية، انتهى ما استبيناه من «فتاوى» المتأخرين.

ومن تقدمهم مع العلم بأن غالب ما ذكروه يخرج مما سبق عن الأصحاب عند التأمل موافقة أو مخالفة، وإنما ذكرت ذلك؛ لأني رأيت من يعتمد هذه «الفتاوى» من قاضٍ وغيره من غير نظر في كلام الأصحاب؛ لقصوره وكثير منها؛ لأنه يجيء على المذهب الظاهر، والله أعلم.

قال: (**شَرْطُ الْقَائِفِ: مُسْلِمٌ عَدْلٌ، مُجَرَّبٌ**) لا خفاء في اشتراط الإسلام والعدالة؛ إذ كل من الكافر والفاسق مردود الشهادة، وبه جزم الرافعي: إن العدالة المشروطة في قبول الشهادة فلا تكفي العدالة الظاهرة وسيأتي في ذلك كلام، ولم يتعرض البغوي في «التعليق» ولا في «التهذيب» لذكر العدالة فيه نصًا، وعبارة «التعليق»: وينبغي أن يكون مسلمًا بالغًا عاقلًا ذكرًا، وقول «المحرر»: أن يكون بالغًا عاقلًا عدلًا، استغنى «المنهاج» عن الأولين بقوله: عدل، وعبارة الإمام: وإذا تبينا معرفته فلا شك أنه يشترط عقله وبلوغه وورعه، انتهى، وعبارة الجرجاني ثقة.

وقوله: (**مجرب**) يشير به إلى أنه لا بد من معرفته بهذا النوع وإلا لم يعتمد قوله كما إن من لم يعرف علمه بالأحكام لا يصح قضاؤه، ثم كيفية التجربة أن يعرض عليه ولد في نساء أجنبيات ليس فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه،

....

ثم في صنف رابع فيهن أمه، فإن أصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك هكذا ذكر في «الوجيز» و«المحرر» وغيرهما.

وعبارة «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وإنما تثبت القيافة بالاختبار بأن يؤتى بعشر نسوة وعشرة أولاد من غيرهن، ويقال: ألْحِق كل ولد بأمه، فإن ألحَقَ ولدًا بامرأة علمنا أنه لا علم له، وإن أصاب تثبت القيافة، انتهى.

وهل تختص التجربة بالأم؟ فيه وجهان الذي ذكره القفال والفوراني وأورده البغوي والغزالي والإمام الاختصاص، فإن الأولاد فيهم مستيقن، ثم قال الإمام: ولست أدري ما شأن رفع الاكتفاء بأن يكون ولدًا مشهور النسب من رجال ليس فيهم أبوه، والأظهر تخصيص التجربة بالنساء؛ لما ذكرناه واضحًا، وبه أجاب العراقيون وغيرهم الجواب إلا أن العرض مع الأم أولى.

قال الرافعي: وحكوا هذا عن نصه في «الأم» والظاهر أن مراده أنهم حكوا عنه الاكتفاء بالعرض مع الأب لا أنه مع الأم أولى، ولفظ الأم في باب دعوى الولد فإذا أحضرنا القائف والمتداعيين للولد أو ذوي أرحامهم، إن كان المدعون له موتى أو كان بعض المدعين له ميتًا فأحضرنا ذوي رحمه أحضرنا احتياطًا أقرب الناس نسبًا وشبهًا في الخلق والسن والبلد بالمدعين له، ثم فرقنا بين المتداعيين منهم ثم أمرنا القائف يلحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه إن لم يكن له أب، وإن كانت معه أم أحضرنا لها نسبًا في القرب منها كما وصفت، ثم بدأنا فأمرنا القائف أن يلحقه بأمه؛ لأن للقائف في الأم معنى، ولكي يستدل به على صوابه في الأب إن أصاب فيها، ويستدل به على متوليه في الأب إن أصاب فيها، ويستدل على غيره إن أخطأ فيها، انتهى لفظه وفيه فوائد.

وبها دل على أن الغرض مع الأب أو أنهما سواء، وأما كونه مع الإقرار أولى فلا؛ بل ظاهر كلام ابن اللبان في كتابه «الإيجاز»: إن العرض إنما يكون مع الأب فقط، وحكى ابن الرفعة عن «زوائد» العمراني نقل وجهين عن رواية ابن اللبان عن الأصحاب في كيفية العرض على القائف:

....

أحدهما: يرى مع أحد الأبوين فإن نفوه عنه يثبت نسبه من الآخر وإن ألحقوه به عرض مع الآخر فإن ألحقوه به أيضًا؛ علمنا خطأ القائف ويرى لآخر.

والثاني: يرى معهما جميعًا، انتهى ومراده بالأبوين المتداعيين للولد، والله أعلم.

ثم قال الرافعي: واختلف الناقلون فمنهم من قال: يعرض عليهم مولود مع أبيه في رجال أو مع أمه في نسوة فيقال: ألحقه بأمه أو يعرض عليه أولاد نسوة وأمه بينهن فيقال: ألحق ولده بها ولم يشترط التكرار، ومنهم من قال: لا يكفي العرض مرة واحدة فإنه قد يصيب فيها اتفاقًا؛ ولكن يعرض عليه ثلاث مرات وإليه ذهب الشيخ أبو حامد وأصحابه وذكر الإمام أنه لا معنى لاعتبار التكرار ثلاثًا؛ بل المعتبر عليه الظن بأن ما يقوله عن خبرة وبصيرة لا عن اتفاق والظن قد يحصل بما دون الثلث، وهذا كالتوسط بين الوجهين الأولين وإذا حصلت التجربة اعتمد على إلحاقاته ولا تجدد التجربة لكل إلحاق، انتهى. وعبارة «النهاية» هنا.

قال الشيخ أبو حامد: لا يكفي أن تجربه مرة واحدة؛ بل يجرب ثلاث مرات ورأى ذلك حتمًا ولم يجعله احتياطًا ولو أريناه المولود بين نسوة ليس فيهن أمه فلم يلحق فأريناه في نسوة ليس فيهن أمه أيضًا فلم يلحق وكررنا عليه، هذا النوع فاشتد في عدم الإلحاق، ثم ألحق بالأم فلست أدري أن ما تقدم من درك استبداده هل يكفي أم لا بد من تكرر الإلحاق منه؟ والذي يجب أن يكون عقد المذهب ومعتبره أن يظهر صدقه، وتهذبه ويبعد حمل ما صدر منه على وفاق، ويجب أن يتناهى في الاحتياط حتى لا يكون للقائف مطلقًا من قبل بعيان أو تسامع، انتهى لفظه.

وفي «البسيط»: قال الشيخ أبو محمد: لا تكفي التجربة بمرة؛ بل يشترط الثلاث والصحيح أن هذا كتعليم الكلب فلا يتقدر بقدر؛ بل ما يحصل ظنًا ظاهرًا بهدايته.

قلت: وإذا كان كتعليم الكلب جاء فيه ما سبق من الخلاف، واعلم أن

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُرٍّ ذَكَرٍ، لَا عَدَدٍ، ....

عبارة المحاملي في «المقنع» و«المجموع» أيضًا: وإنما يعرف كونه من أهل الصنعة بأن يترك مولود ثابت النسب من رجل مع جماعة ليس فيهم أبوه، ويقال: أيما أبوه، فإذا أخبر بذلك علم أنه يعرف الصنعة، انتهى.

و«المجموع» مختصر «تعليق» شيخه أبي حامد وهو يقدح في نسبه اشتراط الثلاث إلى أبي حامد وأصحابه، ونسبه الغزالي إلى أبي حامد، والله أعلم.

قال قاضي حماة الْبَارِزِيُّ: قولهم لا يكون في الثلاثة الأول أحد أبويه مشكل؛ فإن المجرب قد يعلم ذلك فلا تبقى فائدة في الثلاثة الأول، وقد يصيب في الرابعة اتفاقًا فلا يوثق بالتجربة، فالأولى أن يعرض مع كل صنف ولد لواحدٍ منهم أو في بعض الأصناف ولا يخص به الرابعة، فإذا أصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك، وينبغي أن يكفي ثلاث مرات، انتهى.

قال: **(وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُرٍّ ذَكَرٍ)** أي: كالقاضي، **والثاني**: يجوز الرجوع إلى العبد والمرأة كالفتوى، وبنى الفوراني الوجهين في «العمد» وغيره على أن القيافة كالحكم أو كالقسمة والخرص، ورواية الأخبار واقتضى إيراد البغوي في «التعليق» نقل طريقَيْ المذهب اعتبار الحرية والذكورة كالقضاء، والثانية على وجهين أصحهما الاشتراط.

قال: **(لَا عَدَدٍ)** أي: كالقضاء والفتوى هذا هو المذهب والمنصوص في «الأم» والشاهد فيه، كما قال الإمام حديث المدلجي، والثاني: لا بد من اثنين كما في التزكية والتقويم؛ ولأن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ دعا بقائفين.

وقال في «العمد»: إنه مخرج من اعتبار العدد في القيام والخارص.

وقال الدارمي: إن قلنا: لا بد من اثنين روعي شروط الشهادة، وإن قلنا: واحد قيل شرط الخبر، وقيل لا يجوز، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: ويجوز أن يكون القائف واحدًا كالقاضي ولا يجوز اثنان، هكذا رأيته فيه، ولعله تحريف ويكون صوابه ولا يجب اثنان كما اقتضاه كلام «التهذيب».

وَلَا كَوْنِهِ مُدْلِجِيًّا، ....

قال: **(وَلَا كَوْنِهِ مُدْلِجِيًّا)** أي: بل سائر الناس من العرب والعجم يشاركونهم فيه؛ لأن القيافة نوع من العلم فمن تعلم عمل بعلمه، هذا ما صححه العراقيون والأكثرون.

والثاني: أنه شرط، قال الرافعي: لأن الصحابة رجعوا إلى بني مدلج دون سائر الناس، وقد يخص الله تعالى جماعة بنوع من المناصب والفضائل كما خص قريشًا بالإمامة، وهذا ما صححه الإمام والغزالي وبعض المراوزة، قال الماوردي: وهو وهم، وقال المحاملي: ليس بشيء.

تنبيهات وتتمات: المشهور نقل الخلاف وجهين وفي «فروع» ابن القطان ما لفظه: اختلف قول الشافعي هل القيافة شيء اختص به بنو مدلج أو هو في سائر الناس بالاجتهاد؟ على قولين، انتهى.

قال الرافعي: وذكر القاضي ابن كج بناء على اعتبار أهلية الشهادة أن قيافة الأعمى والأخرس لا تجوز، وأنه إذا كان القائف ابن أحد المتداعيين فإن ألحق الولد بغير أبيه قبل، وإن لحقه بأبيه لم يقبل، وإن كان بين القائف وأحدهما عداوة فإن ألحقه بالعدو قبل، وإن ألحقه بغير العدو لم يقبل؛ لأنه كالشهادة على العدو، قالا: ولو كان القاضي قائفًا فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء بالعلم.

قلت: ويشبه أن يأتي فيه الطريقان في اعتماد علمه في التقويم جزمًا تبعًا للإمام أنه إذا جرب اعتمدت إلحاقاته ولا تجدد التجربة ويتبادر من هذا الإطلاق أنه لا يحتاج بعد إلى تجربة جديدة، وإن وقع منه خطأ في الإلحاق بعد ثبوت التجربة؛ لكنهما نقلا من بعد عن القفال وأقراه أنه إذا ألحقه بالمتداعيين لم يعتد بقوله حتى يمضي عليه زمان يمكن العلم فيه فيمتحن حينئذٍ ثم يعتمد.

قلت: ويحتمل أن يجعل هذا فيمن قرب العهد بتجربته ومعرفته القيافة دون من اشتهر من الناس وتحققت معرفته بها على تقادم الزمان فاتفق خطؤه مرة فلا يحتاج إلى تجديد امتحان كالمجتهد إذا أخطأ في فتوى أو قضاء مرة

فَإِذَا تَدَاعَيَا مَجْهُولًا عُرِضَ عَلَيْهِ، ....

ونحوها، نعم إن غلب عليه ذلك رد قوله كالشاهد يغلب عليه الخطأ، قال الدارمي: إذا لم يعرفهم قيل: لا يسألهم حتى يعرفوا، وقيل إذا اختبرهم سألهم، انتهى.

فيحتمل أنه لا يسألهم على وجه بمجرد الاختيار؛ بل بعد أن يعرفوا بذلك، وفي وجه أنه إذا اختبرهم جاز أن يسألهم في الحال، والله أعلم.

يخرج مما سبق وغيره أن شرط القائف أن يكون مسلمًا حرًا ذكرًا مكلفًا عدلًا بصيرًا ناطقًا مقبول الشهادة، وذكر الماوردي تفصيلًا في اشتراط معرفته بفقه الباب سيأتي إن شاء الله تعالى بيانه.

فروع: يعرض الولد على القائف بعد موته على الأصح ما لم يتغير أو يدفن، وقيل: لا يعرض بعد موته، وينبغي أن يجوز نبشه للعرض إذا لم يكن تغير، فإن النبش يجوز لدون ذلك من الأمور إلا أن يكون هناك من ينوب منابه في العرض فلا، فتأمله!

وقال ابن اللبان: إن كان له ولد يرى القائف ولده وهذا ما ذكره القاضي الحسين، وكذا إن عدم الولد فولد الولد، ذكره في «العدة» فإن مات الأبوان قبل ثبوت النسب من أحدهما مع عصبة الميت من أبيه أو ابنه وأخوته وأخواله وأعمامه وعماته، وفي الرضاع من «الحاوي» أنه يعرض مع الأب دون الأخ والولد على وجه، فإن لم يكن من يعرض معه فهل ينقطع العرض عن القائف بموته قبل الدفن؟ فيه الوجهان المذكوران في الأب لا غيره بقول الراعي عند التنازع فِي السَّخْلَةِ خلافًا للإصطخري؛ لأنه لم يؤول وإنما القيافة في الآدمي خاصة لشرفه وحفظ نفسه.

قال: (**فَإِذَا تَدَاعَيَا مَجْهُولًا**) أي: طفلًا مجهول النسب لقيطًا كان أو غيره كما قاله «المحرر» وغيره والمجنون البالغ كالطفل.

(**عُرِضَ عَلَيْهِ**) أي: على القائف وسنذكر إن شاء الله تعالى الدليل على اعتبار قول القائف وعرض البائع العاقل عليه، فاعلم أنهما أطلقا الكلام هنا

وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مُمْكِنًا مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ بِأَنْ وَطِئَا امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا أَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطِئَهَا آخَرُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ أَمَتَهُ فَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِئْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ مَنْكُوحَةً فِي الْأَصَحِّ،

كـ«المنهاج» من غير فرق بين أن يكون لأحدهما عليه يد أو لا.

ثم قال الرافعي من بعد: ولو تداعى اثنان صبيًا مجهولًا فقد أطلق الغزالي هاهنا أنه يلحق بصاحب اليد، وكذا نقله القاضي الروياني عن القفال، والأشبه بالمذهب تفصيل ذكره في اللقيط وهو أنه إن كان في يده عن التقاط لم يؤثر، وإن لم يكن عن التقاط فيقدم صاحب اليد إن تقدم استحقاقه على استحقاق الآخر وإلا فوجهان أي: أصحهما: يستويان كما سبق فيعرض على القائف.

وعبارة الإمام في «النهاية»: ولو صادفنا صبيًا صغيرًا في يد إنسان وكان يستلحقه ولا نعرف فراشًا يسند الولد إليه فالنسب يلحق بظاهر اليد مع الانتساب حتى لو جاء إنسان واستلحقه فلا حكم لاستلحاقه، ولو دعا إلى الاحتكام إلى القائف لم نجبه وهذا رأيته متفقًا عليه من الأصحاب، ثم حكى وجهين في أنه لو بلغ وانتفى عمن كان تحت يده في صباه هل يقبل انتفاؤه؟

ثم قال: قالوا يعني الأصحاب: إذا كان في يده صبي ويدعي نسبه، ويزعم أن زوجته أتت به والزوجة تنكر ولادته فالنسب ملحق، وإن أنكرت فلو جاء خارجي وادعى نسبه وزوجة الخارجي تزعم أنها ولدته على فراش الخارجي فالأبوة ثابتة لمن الطفل في يده، واختلف أصحابنا ورأى ذلك في «الأم» فقال قائلون: هو ابن صاحب اليد وابن زوجة الخارجي فلا منافاة، فلعله وطئها بشبهة، وهذا إذا جعلنا للمرأة دعوة، ومنهم من قال: هو ملحق بمن هو في يده، وإن أنكرته، ومنهم من قال: الأبوة تثبت لذي اليد ولا قائف في ذلك ويرى الولد القائف بين زوجته وزوجة الخارجي، انتهى لفظه.

قال: (**وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مُمْكِنًا مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ بِأَنْ وَطِئَا امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا أَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطِئَهَا آخَرُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ أَمَتَهُ فَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِئْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ مَنْكُوحَةً فِي الْأَصَحِّ**) أي: وطئ منكوحة لغيره بشبهة، فإذا اشترك اثنان

....

فصاعدًا في وطء امرأة فأتت بولد لمن يمكن أن يكون من كل منهما أو منهم كما سيأتي بيانه وادعاه كل منهما أو منهم عرض على القائف عندنا.

واعلم أن التداعي ليس بشرط إذا تحقق وطؤهما وأمكن كونه منهما كما سنذكره، وعبارة المصنف: اشتراط التداعي ثم الاشتراك في الوطء من وجوه عدد المصنف أكثرها وهل منها ما لو أكرها على وطء امرأة؟

وقلنا: يتصور الإكراه فيه كما هو الصحيح، وأما صورة الوجهين في الكتاب وهي ما إذا وطئ بالشبهة من غيره فراش غيره في نكاح صحيح، قال الرافعي فعن القاضي أبي الطيب وهو ما في «الشامل» أن الولد يلحق بالزوج، لأنها فراشه والفراش أقوى من الشبهة، كما أنه إذا طلقها زوجها وانقضت عدتها فنكحها آخر فأتت بولد يلحق به وإن أمكن أن يكون من الأول لأنها فراش الثاني، والأظهر على ما ذكره القاضي الروياني وغيره وهو ما أورده الإمام.

قلت: ذكر المحاملي في «المقنع» و«المجموع» والشيخ أبو حامد والجرجاني وغيرهم أنه لا يتعين الزوج للإلحاق؛ بل الموضع موضع الاستثناء والعرض على القائف ليس كالصورة المستشهد بها؛ لأن العدة أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول وهاهنا خلافه، انتهى.

قال ابن الرفعة إثر هذا: وما حكي عن القاضي أبي الطيب موافق لما رواه في باب اللعان عن أبي إسحاق وأبي علي الطبري أن له أن يلاعن لنفي الولد عند نسبها إلى وطء الشبهة، والمحكي عن ابن الصباغ في المسألة المستشهد بها يناقض ما حكاه في كتاب اللعان فإنه قال: إذا أتت بولد، فقال هو من زوج قبلي وعرف لها زوج وكان يمكن أن يكون منهما أنه يرى القائف، وسبق الكلام على هذه المسألة في اللعان، وفي أول هذا الباب وقد يظهر عن بعض الناقلين فيها مناقضه، فليتأمل.

قلت: ولم أرَ في كلامه ما أشار إليه وكلام الرافعي وغيره على المسألة فيه

....

اضطراب في الجملة، فإنه قال هنا بعد ما سبق عنه بقائمة: إذا ادعى نسب مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة اتفق.

فإن قلنا: إن وطء الشبهة إذا كانت المرأة فراشًا للزوج لا أثر له، والولد يلحق بالزوج فلا اعتبار بقوله، وإن جعلناه مؤثرًا ولا يكفي اتفاق الزوجين عليه؛ بل لا بد من البينة على الوطء؛ لأن للمولود حقًا في النسب واتفاقهما ليس بحجة عليه، فإذا قامت البينة عرض على القائف، فإن كان المدعي نسبه بالغًا اعترف بجريان وطء الشبهة وجب أن يكفي، انتهى.

وكذا قال الإمام والغزالي هنا: إنه لا بد من بينة تقوم على الوطء بالشبهة حتى يعرض على القائف، واقتضى كلام الرافعي في كتاب اللعان والمصنف وغيرهما أنه يكفي للعرض على القائف في هذه الصورة موافقة الوطء ودعواه الولد وسكتوا عن اشتراط البينة، واقتضى كلام الرافعي والإمام هناك أنه يشترط للعرض على القائف موافقة الواطئ ودعواه للولد.

واعتبر الماوردي تصديق الزوج للواطئ بالشبهة دون تصديق الزوجة؛ لأنه أملك بفراشه منها، ثم ذكر الرافعي هنا بعد التقرير أنه لا بد من البينة على الوطء بالشبهة ما لفظه: إذا وطئا في طهر واحد، وأتت بولد يمكن أن يكون منهما، فادعاه أحدهما وسكت عنه الآخر وأنكره؛ فقولان:

أحدهما: يختص بالمدعي.

وأظهرهما: يعرض على القائف؛ لأن الولد صاحب حق في النسب فلا يسقط حقه بالإنكار وترك الدعوى، وإن أنكراه معًا يعرض على القائف ولا يعطل نسبه، انتهى.

وهذا الكلام وإن حمل على غير ذات الفراش الصحيح فالتوجيه يقتضي أنه لا فرق بين الضربين فتأمله.

وذكرت في لمعان «الغنية» أن القاضي أبا الطيب صرح في «التعليق» بالعرض على القائف عكس ما ذكره الرافعي عنه هنا، ونقله ابن الصباغ هناك

فَإِذَا وَلَدَتْ لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَادَّعَيَاهُ عُرِضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ فَلِلثَّانِي إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجًا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ،

عن الشيخ أبي حامد ولم يخالفه، وهو عكس ما نقله الرافعي عنهما هنا من الإلحاق بالفراش وعدم تأثير وطء الشبهة .

وقلنا : ثم يمكن أن يكون المراد بالمذكور هاهنا ما إذا اشتركا في الوطء فلا يعرض ويلحق بالفراش عندهما ، وبالمذكور هناك ما إذا قال الزوج : لم أطأ أصلًا وليس الولد مني؛ فيعرض بشرطه بخلاف ما إذا ادعاه وقال : إنه مني، ونازعه الواطئ فيقوى جانبه بالفراش عندهما.

قال : (**فَإِذَا وَلَدَتْ**) أي : الموطوءة في طهر واحد على بعض التصويرات السابقة، (**لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَادَّعَيَاهُ عُرِضَ عَلَيْهِ**) أي : على القائف، وعبر في «الروضة» كـ«المنهاج» وعبارة «المحرر» و«الشرحين» : فإذا أتت بولدٍ لأقل من أربع سنين وأكثر من ستة أشهر من الوطأيْن وادعياه جميعًا روجع القائف وهي أحسن وأوضح، نعم ادعاؤهما ليس بشرط كما أشرنا إليه ويأتي.

قال : (**فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ فَلِلثَّانِي**) أي : من الوطأيْن ؛ لأن الحيضة المتخللة أمارة في حصول البراءة عن الأول فيقطع تعلقه.

قال : (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجًا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ**) أي : والثاني واطئًا بشبهة أو في نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول؛ لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الأول، وإن كان الأول زوجًا في نكاح فاسد ففي انقطاع تعلقه يتخلل الحيضة، أظهرهما : نعم؛ لأنها في النكاح الفاسد لا تصير فراشًا ما لم توجد حقيقة الوطء.

قال الرافعي بعد إيراده ذلك : هكذا نقل الصورتين بين الإمام والغزالي، انتهى.

وقال ابن الرفعة بعد قول الرافعي : ما لم توجد حقيقة الوطء، هذا فيه نظر يظهر لك من كتاب العدد في أن فراش النكاح الفاسد متى يحصل، انتهى ولم

....

يتحرر من كلامه في العدد ما أشار إليه والخلاف في «النهاية» وفروعها وجهان لا قولان، ولفظ «البسيط»: المنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا وطئت بالشبهة بعد أن حاضت عقب وطء النكاح ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كملك اليمين وأن مجرد الإمكان لا يكفي في الإلحاق ما لم يقر الناكح بالوطء.

والثاني: أنه كالنكاح الصحيح حتى يثبت بمجرد الإمكان، وقوله: ما لم يقر الناكح بالوطء أي: بالوطء بعد الحيضة الطارئة على وطئه الأول عقب النكاح. وعبارة الرافعي موهمة.

تنبيهان: المتبادر من قول الشيخين وغيرهما هنا وادعياه؛ اعتبار دعواهما جميعًا وقد قال الرافعي بعد هذا ما قدمناه عنه وهو أنهما إذا وطئا في طهر واحد إلى قوله: ولا يعطل نسبه.

قال ابن الرفعة بعد إيراده كلام الرافعي وترجيحه العرض على القائف.

وقال الإمام في كتاب اللعان عند نسبة الزوج الولد إلى وطء الشبهة أن الرجوع إلى القافة إنما يجري إذا اعترف الواطئ بالوطء، ووجد التداعي من الزوج والواطئ بالشبهة، فإذ ذاك يرى للقائف، انتهى.

وحينئذٍ ما أن يفرض الكلام في الصورة السابقة دون صورة الزوجية وكلام الكتاب يأباه ويفهم التعميم، وكذا فهم ابن الرفعة عن الرافعي فإن صحّ ذلك يحقق الاضطراب ولعل من اعتبر تداعيهما في العرض على القائف فرعه على القول المرجوح بأنه إذا ادعاه أحدهما وسكت الآخر، أو أنكر أنه يلحق المدعي خاصة.

قال ابن الرفعة بعد نقله قول الرافعي السابق: إلا أن يكون الأول زوجًا في نكاح صحيح إلى قوله: والإمكان حاصل أن مقتضى هذا ألا يرى الولد للقائف فيما إذا انقضت عدتها، ثم تزوجت بآخر وأتت بولد يمكن أن يكون من كل منهما وقد حكينا من قبل أي: عن إطلاق العراقيين أنه يعرض على القائف إذا

وَسَوَاءٌ فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلَامًا وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا].

قال الزوج الثاني: هو من الأول إلا أن يحمل ذلك على ما إذا انقضت العدة بالأشهر لا بالإقراء، انتهى.

فائدة في «فروع» ابن القطان: إذا تداعى الولد اثنان فأريناه والقافة فحكموا به لأحدهما ثم إن الآخر أقام أربع نسوة يشهدن أن هذا ولدته امرأته على فراشه؛ فهو على وجهين، انتهى.

قال: **(وَسَوَاءٌ فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلَامًا وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا)** أي: لا فرق بين أن يكون المتداعيان أو الواطئان مسلمًا والآخر ذميًا، ولا فرق بين أن يكونا حرين أو أحدهما حرًّا والآخر عبدًا كما قدمناه في كتاب اللقيط وهو تفريع على صحة استحقاق العبد.

فروع وتتمات:

أحدها: أطلق في «الوسيط» أنها لو ألقت شقصًا يعرض على القائف قال: فلو انفصل حيًّا ومات يعرض ما لم يتغير، وقيد في «البسيط» عرض السقط بمن ظهر فيه التخطيط ولا بد منه، والظاهر أن من بلغ مجنونًا كالطفل.

وفي «الحاوي»: وإن كان بالغًا مجنونًا استعمل فيه القافة، انتهى، وأحسب هذا المطبق الجنون لا فيمن يجن ويفيق.

ثانيها: ألحقه القائف بأحدهما بالأشباه الظاهرة، والثاني بالآخر بالأشباه الخفية كالحلق وتشاكل الأعضاء فأيهما أولى؟ فيه وجهان:

رجح الشيخان الثاني؛ لأن فيها زيادة حذق وبصيرة، وجزم الماوردي بالأول وهو محتمل؛ لأن الاشتباه الظاهر أندر في الناس من الخفاء ويحتمل أن يقال: يعرض على ثالث فإذا وافق أحدهما عمل به كما قيل بمثله في اختلاف جواب المفتين.

وقال الجرجاني في «التحرير»: ويحكم للقائف بالشبه من وجهين جلي كالسواد والبياض وخفي لا يعرفه غيره، فإن اتفق الجلي والخفي في أحد المتنازعين لحقه به، وإن وجد الجلي في أحدهما والخفي في الآخر؛ حكم

....

بالجلي دون الخفي كالحكم بالنص دون القياس، وقيل: يحكم بالخفي دون الجلي كما يحكم بالقياس دون العموم، انتهى.

ثالثها: تداعياه مسلم وذمي وأقام أحدهما بينة تبعه نسبًا ودينًا كما مر فإن لحقه القائف الذي قاله الرافعي وغيره تبعه نسبًا لا دينًا ولا تجعل حضانته للذمي، انتهى.

وحكى الماوردي في تبعيته له في دينه وجهين وبنى عليهما تقريره في يده، وإذا تداعياه حر وعبد، وألحقه القائف بالعبد، ثبت النسب وكان حرًّا لاحتمال أنه ولد من حرة.

رابعها: ذكر الرافعي هنا أن نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف وفي مدة الوقف إلى الانتساب عليهما، وإذا التحق بأحدهما رجع الآخر عليه بما أنفق، وهل تجب نفقته في حال الاجتنان؟ بني على أن الحمل هل يعلم إن أوجبناها وكان أحد المتداعيين زوجًا قد طلقها، والآخر واطئًا بالشبهة؟

فإن قلنا: إن النفقة للحامل فهي على المطلق أو للحمل أخذا بها إلى أن يظهر الأمر، وإن أوصى للطفل في وقت التوقف فليقبلا الوصية جميعًا، انتهى ويقدم في باب اللقيط زيادة فيما يتعلق بالاتفاق يتعين مراجعتها.

خامسها: ألحقه قائف بأحدهما ثم رجع فألحقه بالآخر لم يقبل، هكذا ذكره الرافعي ويجوز أن يقال إن جعلنا القائف بمنزلة الحكم فلا أثر لإلحاقه الثاني وإن جعلناه بمنزلة المخبر، والحاكم يتولى الإلحاق من بعد كما أشار إليه الماوردي ولم يتصل بإلحاقه بالأول حكم حاكم به تعارض إلحاقاه وسقطا.

ثم قال الرافعي: وكذا لو ألحقه قائف بأحدهما فجاء قائف آخر فألحقه به؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد هذا هو المشهور في الصورتين.

وذكر ابن كج أنه إذا لحقه قائف بهذا تعارضا وصار كأن لا قائف، وأنه إن

....

رجع القائف بعد تنفيذ الحكم بقوله لم يلتفت إلى رجوعه وإن رجع قبل أن ينفذ الحكم بقوله فهل رجوعه كرجوع الشهود؛ لكن لا يقبل في حق الآخر لسقوط الثقة بقوله ومعرفته، انتهى ويجوز ألا يكون ما ذكره ابن كج مخالفًا لتفصيل الماوردي الآتي.

سادسها: ذكر الرافعي أنه لو استلحق بالغًا عاقلًا فأنكر لم يلحق ولا عبرة بإلحاق القائف والحالة هذه، وإن سكت البالغ ففي «الوجيز» أنه يلحقه القائف، قال الرافعي: وهذا لم أجده لغيره وليس هناك إلا واحد يدعيه، نعم لو ادعاه اثنان في مواضع الاشتباه وهو ساكت يعرض على القائف على خلافه.

قلت: وذكر في «الوسيط» و«البسيط» ما ذكره في «الوجيز» في سكوت البالغ عن استلحاق واحد، وإن سكوته كافٍ فاعلم وهو خلاف ما اقتضاه كلام إمامه، قال: وادعاؤه نسبه كادعائه ماله ولا يجوز أن يكون قول القائف حجة في هذا المقام.

وقال الدارمي: إذا كان المدعي بالغًا فهل القافة أولى أو أسبابه؟ على وجهين: أحدهما: الانتساب أولى حكاه ابن القطان عن المروزي، انتهى.

وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين الساكت وغيره.

وقال الرافعي آخر الباب: حكى ابن كج عن تخريج أبي الحسن وجهين في أن القيافة أولى بالرعاية بعد بلوغ المولود، وادعى أن الظاهر الثاني وإنه لا رجوع إلى القائف بعد بلوغ المولود والظاهر خلافه على ما سبق في اللقيط، انتهى.

فقدمنا ذلك هناك وبينما حكاه عن «الوسيط» وما ذكر آخرًا ببائن وكلام «الوسيط» مفرع على وجه تقديم الانتساب والراجح خلافه.

سابعها: قال الماوردي: إذا طلب للقائف أجرًا ولم يجد متطوعًا رزق من بيت المال كالقائم والكاتب ويستحقه سواء ألحقه بأحدهما أو أشكل

....

عليه، فإن تعذر بيت المال فأجرته على المتنازعين فإن ألحقه بأحدهما استحقها فيمن تجب عليه وجهان:

أحدهما: على من ألحق به الولد؛ لأنه مستأجر للحوق دون النفي.

والثاني: تجب عليهما لأن في العمل مشتركًا في حقهما وإن لم يلحقه بواحد منهما، فإن كان لا شكل له عليه فلا أجرة له لعدم العمل، وإن كان لتكافؤ الاشباه فوجهان:

أحدهما: يستحقها إذا قيل: إذا ألحقه بأحدهما كانت الأجرة عليهما تعليلًا بوجود العمل منه.

والثاني: لا يستحق إذا قلنا يختص الملحق به بإلزام الأجرة تعليلًا بالإلحاق أي ولم يوجد.

فَرْعٌ: قال الماوردي: المعتبر في القيافة التشابه من أوجه:

أحدها: في تخطيط الأعضاء وأشكال الصور.

والثاني: في الألوان والشعور.

والثالث: في الحركات والأفعال.

والرابع: في الكلام والصوت والحدة والأناة ثم ينظر، فإن كان فيه شبه من أحد المتنازعين فقط ألحق به سواء الشبهة من وجه أو وجوه ظاهرًا كان الشبه أو خفيًا، وإن لم يشبه واحدًا منهما وقف الأمر على الانتساب في وقته، وإن كان فيه شبه من كل منهما فعلى أضرب:

أحدها: أن يتماثل الشبهان ولا مرجح فيعدل إلى غير القيافة.

والثاني: أن يتماثل الشبه بينهما في العدد ويختلفا في الظهور والخفاء فيلحق بمن ظهر فيه الشبه دون من خفي فيه.

والثالث: أن يتماثلا في الظهور والخفاء ويختلفا في العدد فيكون الشبه في أحدهما من ثلاثة أوجه وفي الآخر من وجهين فيلحق بالأول.

....

والرابع: أن يكون في أحدهما أكثر عددًا وأظهر شبهًا، وفي الآخر أقل وأخفى فيلحق بالأول.

والخامس: أن يكون في أحدهما أخفى شبهًا وأكثر عددًا، وفي الآخر أقل عددًا وأظهر شبهًا، فوجهان:

أحدهما: يرجح بكثرة العدد.

والثاني: بظهور الشبه تغليبًا لقوة التشابه إذا عرف هذا، فإن كان القائف عارفًا بأقسام هذه الأحكام جاز أن يكون فيها حكمًا وإلا كان فيها مخبرًا لا حكمًا ليحكم بها من الحكام من تعلمها ويجهد رأيه فيها، انتهى.

وقال الإمام تصرف العراقيون فقالوا: لا شك أن القافة يعتمدون أشباهًا جلية وخفية، فالجلية كالخلق والصور، والخفية كالشمائل التي لا تنتظم فيها عبارة.

ثم قال: ولا ينبغي عندنا أن ينتهي الفقيه أن يتصرف في علم القيافة، انتهى.

وقال ابن الرفعة: الشبه ضربان ظاهر وخفي، فالظاهر: أن يكون الشبه بالسواد والبياض، والخفي: ما يعلم بالنظر إلى الأيدي والأرجل ونحوها، انتهى.

وجعل الرافعي من الخفية اشتباه الخلق وتشاكل الأعضاء، وهذا وما قبله ظاهر مخالف لما نقله الإمام عن العراقيين.

إشارة: سبق في كتاب اللقيط فروع مفيدة من هذا الباب، وذكر الماوردي هنا أربعة فصول مفيدة.

الفصل الأول: في صفة القائف.

والثاني: في صفة القيافة وقدمنا مقاصدهما.

والثالث: في الموجب لاستعمال القافة، وهو الشارع في الولد وهو ضربان:

....

أحدهما: في لقيط لا يعرف فيه فراش فينظر إن كان كبيرًا بالغًا عاقلًا فالدعوى عليه فمن صدقه دون من كذبه ولا يمين له عليه؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل بكذبهما وإن حلف لهما، وإن قال ابن أحدكما ولا أعرف بعينه رجع إلى القافة في إلحاقه بأحدهما، فإن عدموا أخذ بالانتساب جبرًا فإن سلمه أحد المتنازعين للآخر، فإن كان قبل القافة والانتساب جاز وصار ولدًا له وإن كان بعد الحكم بنسبه، أما بعد القافة أو بعد الانتساب لم يجز وإن كان صغيرًا لم يميز أو بالغًا مجنونًا استعمل فيه القافة، فإن عدموا أو أشكل وقف إلى زمن الانتساب وإن سلم أحدهما للآخر كان على ما سبق من جوازه قبل إلحاقه دون ما بعده.

والضرب الثاني: أن يكون الولد عن فراش تتوزع فيه فاستعمال القافة فيه متعين بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون الفراش مشتركًا بينهما فيه، فإن انفرد به أحدهما كان ولدًا لصاحب الفراش من غير قافة.

والثاني: أن يكون اشتراكهما في الفراش موجبًا للحوقه بكل منهما لو انفرد.

والثالث: أن يثبت فراش كل منهما وثبوته معتبر بحالهما، فإن كان أحدهما زوجًا والآخر ذا شبهة ثبت فراش ذي الشبهة بتصديق الزوج ولم يعتبر فيه تصديق الموطوءة؛ لأن الفراش للزوج وإن لم يكن فيهما زوج اعتبر فيه تصديق الموطوءة لكل منهما إن كانت خلية من زوج، وإن كانت ذات زوج اعتبر فيه تصديقه دونه؛ لأنه أملك بالفراش منها وصار الزوج داخلًا معهما في التنازع، ولا يعتبر تصديق كل واحد منهما لصاحبه؛ لأن ثبوت النسب حق له وعليه، فإن أنكرتهما الموطوءة أو زوجها فلا فراش لهما وعلى منكرهما اليمين ولو ادعت أو زوجها عليهما الفراش فأنكراه صدقا باليمين.

....

قلت: وقضية كلامه وغيره أن فراش السيد في أم الولد وغيرها لا مزية له؛ بل هي كالأجنبية فيما يجز فيه وفي النفس منه شيء، قال: فإذا ثبت فراشهما بالتصادق أو ببينة مع التجاحد على الوجه الذي تقوم به البينة في مثله تكاملت شروط الاشتراط في لحوق النسب وصار الفراش حقًا لهما وعليهما، فلا يقف على مطالبتهما ولا يجوز لواحدٍ منهما أن يسلم لصاحبه لما فيه من الحق عليه، ويستوي فيه حكم الولد صغيرًا أو كبيرًا.

والفصل الثاني: في صفة القيافة وقدمنا مقاصدهما.

الفصل الثالث: وتستعمل القافة في إلحاقه بأحدهما إذا طولب بها، ومستحقّو المطالبة بها من كان قوله في الفراش معتبرًا والولد إذا كان بالغًا، فإن لم يطلب جاز للحاكم أن يستعمل القافة في حق الصغير؛ إذا علم الحال من غير طلب نيابة عنه، ولم يكن له أن يستعملها في حق الكبير؛ لأنه أخص بطلب حقوقه.

الفصل الرابع: ثبوت الحكم بلحوق النسب بقول القافة وهو معتبر باستلحاق النسب، واستلحاقه على ضربين:

أحدهما: أن يكون لاشتراكهما في فراش فلا يصح إلحاقه بالقافة إلا بحكم حاكم؛ لأن الفراش قد أوجب لهما حقًّا وأوجب عليهما حقًا في إلحاقه بأحدهما ونفيه عن الآخر وألحق عليهما للولد وبالعكس، وكذلك وجب إلحاقه بأحدهما وإن لم يتنازعاه، ولم يجز لأحدهما أن يسلمه للآخر فكان أغلظ من اللعان الذي لا يصح إلا بحكم الحاكم، وكان أولى ألا يصح إلا بحكم الحاكم منه.

والضرب الثاني: أن يكون الاستلحاق في ادعاء لقيط لم يعرف لهما فيه فراش مشترك فهو حق لهما لا عليهما في الظاهر؛ إذ لو سكتا لم يتعرض لهما ولو سلمه أحدهما للآخر صح وانتفى عنه، ولحق بمن سلمه إليه فلم يفتقر استلحاقه إلى حكم، وجاز أن ينفردا باستعمال القافة فيه.

....

وإن اختارا أن يتحاكما فيه إلى حاكم إن اختارا فإن تنازعا فيه إلى حاكم فاختيار القائف إليه دونهما، وإن انفردا فاختيار القائف إليهما فإن اتفقا على اختيار قائف تخيرا فيه بين التحكيم والاستخبار كما سيأتي بيانه، فإن استحضراه فأخبر كان موقوفًا على إمضائهما وإلزامهما، وإن حكماه فحكم ففي لزوم حكمه لهما قولان، وإن تنازعا في اختيار القائف بعد الاتفاق عليه في تحكيمه أو استئجاره لم يعمل على اختيار أحدهما وتنازعا فيه إلى حاكم ليحتكم بينهما.

وإذا كان الحاكم هو الناظر بينهما في لحوق النسب في الفراش المشترك كان حتمًا واجبًا، وأما في اللقيط المدعي بالتراضي والاختيار، وأما أن يطلبه أحدهما دون الآخر فيؤخذ الممتنع جبرًا بالحكم، وإنما يجوز للمتنازعين في اللقيط أن ينفردا بالقافة إذا اتفقا على التراضي في تفردهما به دون الحاكم.

وإذا أراد الحاكم الحكم بينهما اختار من القافة أوثقهم وأعلمهم واجتهد رأيه في تحكيم القائف أو استخباره فإن أداه اجتهاده إلى تحكيمه كان ذلك استخلافًا له في الحكم بينهما فيراعى في استنابته شروط التقليد، واختير من العلم بشروط الإلحاق فإن تصرفها أعلمه بها فأما المختص منها بعظمته وقوة حسبه فهو مركوز في الطبع.

ويجوز أن يقتصر على قائف واحدٍ؛ لأنه حكم فإن سمع فيه بين قائفين احتياطًا كان أوكد، وَلَا يَنْفُذُ الْحُكْمُ فِي لُحُوقِهِ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، حَتَّى يَجْتَمِعَا عَلَيْهِ، فَإِذَا أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ الْوَاحِدُ إِذَا أُفْرِدَ أَوِ الْقَائِفَانِ إِذَا جُمِعَ بَيْنَهُمَا بِأَحَدِ الْمُتَنَازِعَيْنِ فِيهِ، وَنَفَاهُ عَنِ الْآخَرِ لَحِقَهُ، وَانْتَفَى عَنِ الْآخَرِ.

وَلَوْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمَا وَلَمْ يَنْفِهِ عَنِ الْآخَرِ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَرَى اشْتِرَاكَهُمَا فِيهِ، وَلَوْ نَفَاهُ عَنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُلْحِقْهُ بِالْآخَرِ، انْتَفَى عَمَّنْ نَفَاهُ عَنْهُ، وَصَارَ الْآخَرُ مُنْفَرِدًا بِالدَّعْوَى فَلَحِقَ بِهِ، لِانْفِرَادِهِ بِالْفِرَاشِ، لَا بِالْقَائِفِ.

....

وَلَوْ تَنَازَعَ فِي دَعْوَاهُ ثَلَاثَةٌ، فَأَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمْ، وَنَفَاهُ عَنِ الْآخَرَيْنِ، أَمْضَى حَكَمَهُ فِي إِلْحَاقِهِ وَنَفْيِهِ، وَلَوْ نَفَاهُ عَنْ أَحَدِهِمْ، خَرَجَ مِنَ الدَّعْوَى، وَصَارَتْ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ، وَلَوْ نَفَاهُ عَنِ اثْنَيْنِ خَرَجَا مِنَ الدَّعْوَى، وَصَارَ لَاحِقًا بِالْبَاقِي؛ لِانْفِرَادِهِ بِالدَّعْوَى، لَا بِقَوْلِ الْقَائِفِ، فَإِنْ لَحِقَ بِأَحَدِهِمْ لِإِلْحَاقِ الْقَائِفِ بِهِ، وَنَفْيِهِ عَنْ غَيْرِهِ اسْتَقَرَّ حُكْمُهُ فِي ثُبُوتِ نَسَبِهِ، وَلَزِمَ الْحَاكِمَ تَنْفِيذُ حُكْمِهِ، وَإِنْ نَفَاهُ الْقَائِفُ عَنْ أَحَدِهِمَا اسْتَقَرَّ حُكْمُهُ بِالنَّفْيِ، وَلَمْ يَسْتَقِرَّ حُكْمُهُ بِاللُّحُوقِ، حَتَّى يَحْكُمَ لَهُ الْحَاكِمُ بِاللُّحُوقِ، بِحُكْمِ الِانْفِرَادِ بِالدَّعْوَى، فَإِنْ رَجَعَ الْقَائِفُ بَعْدَ حُكْمِهِ بِذِكْرِ الْغَلَطِ فِيهِ، لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ؛ لِأَنَّ نُفُوذَ الْحُكْمِ بِالِاجْتِهَادِ يَمْنَعُ مِنْ نَقْضِهِ بِاجْتِهَادٍ.

وَإِنْ رَأَى الْحَاكِمُ اجْتِهَادَهُ إِلَى اسْتِخْبَارِ الْقَائِفِ دُونَ تَحْكِيمِهِ، أَنْكَرَ الْقَائِفُ مُخْبِرًا، وَالْحَاكِمُ هُوَ الْمُنْفَرِدُ بِالْحُكْمِ؛ جَازَ وَلَزِمَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ قَائِفَيْنِ، وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ خَبَرُ الْوَاحِدِ مَقْبُولًا؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ.

كَمَا لَا يَحْكُمُ فِي التَّقْوِيمِ إِلَّا بِقَبُولِ مُقَوِّمَيْنِ، فَإِذَا أَرَادَ الْقَائِفَانِ بَعْدَ اجْتِهَادِهِمَا، أَنْ يَذْكُرَا لِلْحَاكِمِ مَا صَحَّ عِنْدَهُمَا مِنْ لُحُوقِ الْوَلَدِ بِأَحَدِهِمَا فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَكُونُ خَبَرًا يُؤَدَّى بِلَفْظِ الْإِخْبَارِ، وَلَا تَكُونُ شَهَادَةً تُؤَدَّى بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَخْتَصُّ بِفِعْلٍ مَشَاهَدٍ، وَقَوْلٍ مَسْمُوعٍ، وَلَيْسَ فِي الْقِيَافَةِ، وَاحِدٌ مِنْهُمَا، فَكَانَ خَبَرًا، وَلَمْ يَكُنْ شَهَادَةً، فَعَلَى هَذَا يَجِبُ عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَهُمَا عَنْ سَبَبِ عِلْمِهِمَا، لِيَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِيهِمَا إِنْ ذَكَرَا اشْتِرَاكَهُمَا فِي الشَّبَهِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ سُؤَالُهُمَا إِنْ كَانَ مُخْتَصًّا بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ فِي الِاشْتِرَاكِ أَنْ يَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِي التَّرْجِيحِ، فَلَزِمَهُ السُّؤَالُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي اخْتِصَاصِ أَحَدِهِمَا بِالتَّرْجِيحِ بِالشَّبَهِ، اجْتِهَادُهُ فِي التَّرْجِيحِ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ السُّؤَالُ؛ وَلَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يَسْأَلَهُمَا أَفِي الشَّبَهِ اشْتِرَاكٌ؟ حَتَّى يَسْأَلَهُمَا عَنْ سَبَبِهِ، وَيَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِيهِ، أَوْ لَيْسَ فِيهِ اشْتِرَاكٌ؟ حَتَّى لَا يَسْأَلَهُمَا عَنْهُ، وَلَا يَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِيهِ، وَيَقْتَنِعَ مِنْهُمَا أَنْ

....

يَقُولَا هَذَا وَلَدُ هَذَا دُونَ هَذَا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ شَهَادَةً تُؤَدَّى بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَنْ مُشَاهَدَةٍ؛ لِأَنَّ الدَّالَّ يَشْهَدُ، وَالْحُكْمُ مُخْتَصٌّ بِالشَّهَادَةِ دُونَ الْخَبَرِ.

فَعَلَى هَذَا لَا يَجِبُ عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَهُمَا عَنْ سَبَبِ عِلْمِهِمَا؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَا يُسْأَلُ عَنْ سَبَبِ عِلْمِهِ بِمَا شَهِدَ؛ لَكِنْ إِنْ كَانَ الشَّبَهُ مُخْتَصًّا بِأَحَدِهِمَا.

جَازَ لِلْقَائِفَيْنِ أَنْ يَشْهَدَا بِأَنَّهُ وَلَدُ هَذَا دُونَ هَذَا، وَإِنْ كَانَ الشَّبَهُ مُشْتَرَكًا يَحْتَاجَا إِلَى اجْتِهَادٍ فِي تَرْجِيحٍ فَفِيمَا يَشْهَدَانِ بِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَشْهَدَانِ بِمَا أَدَّى إِلَيْهِ اجْتِهَادُهُمَا مِنْ لُحُوقِ نَسَبِهِ بِأَحَدِهِمَا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: يَشْهَدَانِ بِالشَّبَهِ الْمُوجِبِ لِلُحُوقِ النَّسَبِ بِأَحَدِهِمَا لِيَجْتَهِدَ الْحَاكِمُ رَأْيَهُ دُونَهَا، وَهَذَانِ الْوَجْهَانِ مِنِ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا، هَلْ يَسُوغُ لِلشُّهُودِ أَنْ يَجْتَهِدُوا فِيمَا يُؤَدُّوهُ إِذَا كَانَ الِاجْتِهَادُ فِيهِ سَمَاعٌ؟

قلت: وسبق أن الأصح المنع.

فَإِذَا أَدَّى الْقَائِفَانِ إِلَى الْحَاكِمِ مَا عِنْدَهُمَا مِنْ لُحُوقِ النَّسَبِ بِأَحَدِهِمَا خَبَرًا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، أَوْ شَهَادَةً عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ؛ لَزِمَ الْحُكْمُ بِقَوْلِهِمَا فِي إِلْحَاقِ النَّسَبِ بِمَنْ أُلْحِقَ، وَنَفْيِهِ عَمَّنْ نَفَوْهُ، وَهُوَ قَبْلَ حُكْمِ الْحَاكِمِ، غَيْرُ لَاحِقٍ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنْ رَجَعَ الْقَائِفَانِ فِي قَوْلِهِمَا، وَأَلْحَقُوهُ بِمَنْ نَفَوْهُ عَنْهُ لِخَطَأٍ اعْتَرَفَا بِهِ، رُوعِيَ رُجُوعُهُمَا، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِقَوْلِهِمَا، لَمْ يَنْقُضْ حُكْمَهُ وَأَمْضَاهُ عَلَى مَا حَكَمَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حُكْمِهِ بِقَوْلِهِمَا لَمْ يَكُنْ نَسَبُهُ لِلْأَوَّلِ، وَلَا لِلثَّانِي.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلِبُطْلَانِ الشَّهَادَةِ، بِالرُّجُوعِ عَنْهَا.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِتُعَارِضِ الْقَوْلَيْنِ فِيهِ.

فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَى الْقَائِفَيْنِ لُحُوقُ نَسَبِهِ، وَبَانَ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا عُمِلَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَى غَيْرِهِمَا عَدَمُ النَّسَبِ مِنْ جِهَةِ الْقَائِف، وَوَجَبَ أَنْ يُوقَفَ النَّسَبُ

....

لِلشَّكِّ، حَتَّى يَنْتَسِبَ الْوَلَدُ بِطَبْعِهِ إِلَى أَحَدِهِمَا لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: **«مِنْ شَأْنِ الرَّحِمِ إِذَا تَمَاسَّتْ تَعَاطَفَتْ»**[1]. وَلَهُ فِي زَمَانِ انْتِسَابِهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ «الْقَدِيمُ» إِلَى اسْتِكْمَالِ سَبْعٍ، وَهِيَ الْحَالُ الَّتِي يُخَيَّرُ فِيهَا بَيْنَ أَبَوَيْهِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: وَهُوَ «الْجَدِيدُ» الصَّحِيحُ إِلَى بُلُوغِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ بِقَوْلِهِ فِي لَوَازِمِ الْحُقُوقِ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَإِنْ قَبِلَ فِي الِاخْتِيَارِ لِأَحَدِ أَبَوَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْحُقُوقِ، فَإِذَا انْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا لَحِقَ بِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ تَصْدِيقُ الْأَبِ، فَلَوْ رَجَعَ وَانْتَسَبَ إِلَى الْآخَرِ؛ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ بَعْدَ لُحُوقِهِ بِالْأَوَّلِ.

وَلَوْ وُجِدَتِ الْقَافَةُ بَعْدَ انْتِسَابِهِ إِلَى أَحَدِهِمَا فألحقه بالآخر؛ لَمْ يُلْحَقْ بِهِ لِاسْتِقْرَارِ لِحَوْقِهِ بِالِانْتِسَابِ إِلَى الْأَوَّلِ.

وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ انْتِسَابِهِ إِلَى أحد المتنازعين عليه أَحَدِهِمَا، قَامَتْ وَرَثَتُهُ، مَقَامَهُ فِي الِانْتِسَابِ، إِلَى أَحَدِهِمَا.

وَلَوْ مَاتَ الْمُتَنَازِعَانِ وَالْوَلَدُ بَاقٍ جُمِعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَصَبَتِهِمَا، وَكَانَ لَهُ بَعْدَ الِاجْتِمَاعِ مَعَهُمْ أَنْ يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَبَقِيَ الْآخَرُ نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ التَّنَازُعُ فِي فِرَاشٍ مُشْتَرَكٍ انْتَسَبَ إِلَى مَنِ اخْتَارَ مِنَ الْحَيِّ، أَوِ الْمَيِّتِ، وَإِنْ كَانَ التَّنَازُعُ فِي لَقِيطٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَكُونُ كَالْفِرَاشِ فِي انْتِسَابِهِ إِلَى أَحَدِهِمَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْبَاقِي، لِانْقِطَاعِ دَعْوَى الْمَيِّتِ، انتهى ملخصًا على سقم في النسخة وقد اشتمل كلامه على غرائب لا توجد مجموعة لغيره، والله أعلم.

خاتمة نسأل الله حسن الخاتمة:

الأصل في الباب ما رواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن

---

(١) ذكره الماوردي في «الحاوي الكبير» (١١/ ٦٨٦).

....

عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: دخل عليَّ رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه فقال: **«أَلَمْ تَرَىْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيَّ دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رأسَيْهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»**[١] أخرجه البخاري ومسلم.

وزاد مسلم: **«وَكَانَ مُجَزِّزٌ قَائِفًا»**.

ووجه الدليل أنه ﷺ أقره ولم يقل له: لا تفعل، هكذا فإنك إن أصبت في موضع ربما تخطئ في موضع آخر فيكون فيه قذف محصنةٍ.

وإثبات نسب منفي، أو نفي نسبٍ ثابتٍ، وسر ﷺ به وكان لا يسر بالباطل فدلَّ على أنه علم يجوز العمل به.

قال الشيخ إبراهيم المروزي: وإنما سر به ﷺ؛ لأن أسامة كان شديد البياض وكان حب رسول الله ﷺ، وكان زيد شديد السواد، وكان المشركون يطعنون في نسبه مغايظة لرسول الله ﷺ ومجزز المدلجي كان معروفًا بالقيافة، مقبول القول فيها، انتهى.

ويدل للمسألة أنه ﷺ اعتبر الشبه في ولد العجلاني فقال: **«إن جاءت به على نعت كذا فلا أراه إلا قد صدق عليها، وإن جاءت به على نعت كذا فلا أراه إلا قد كذب عليها؛ فجاءت به على النعت المكروه؛ فقال النبي ﷺ: لولا الإيمان وروي القرآن لكان لي ولها شأن»**[٢] ودلالته بينة وفي الباب آثار وأخبار.

قال المروزي: قال الشافعي وأخبر عدد من أهل العلم من أهل المدينة ومكة أنهم أدركوا الحكام يقضون بقول القافة، وأخبرهم من كان قبلهم أنهم أدركوا مثل ما أدركوا ولم يروا من أحد يرضونه عندهم من أهل العلم ينازع في القول بالقافة.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٧١)، ومسلم (٣٦٩٣).
(٢) أخرجه أحمد (٥/ ١٩٢)، والبيهقي (٢/ ٣٦٦).

....

وقال الماوردي: ويدل عليه من طريق الإجماع اشتهاره في الصحابة أنهم فعلوه وأقروا عليه، ولم ينكروا عليه حتى روي عن أنس بن مالك أنه شك في ابن له فأراه القافة، ولو كان هذا منكرًا لما جاز منهم إقرارهم على منكر فصار كالإجماع، انتهى. والمنازعة فيه مكابرة، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْعِتْقِ

قال المصنف: [إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، ....

قال الشارح: هو إزالة الملك عن الآدمي لا إلى مالك تقربًا إلى الله تعالى، مأخوذ من قولهم: عتق الفرس إذا نجا، وعتق الفرخ إذا طار، والعبد بالعتق يتخلص من قيد الرق، ويذهب حيث شاء والأصل في الباب الكتاب والسنة والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ ۝١٢ فَكُّ رَقَبَةٍ ۝١٣﴾ [البلد: ١٢، ١٣] ﴿وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ﴾ أي: بالإسلام ﴿وَأَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] أي: بالعتق، وأمر تعالى بتحرير الرقبة في آيات والسنة والإجماع طافحة بذلك.

وفي «الصحيحين» وغيرهما: «**مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ**» ولفظ مسلم: «**مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ**»(١) وقد روى هذا الحديث جمع من الصحابة ﷺ والإجماع منعقد على جوازه وكونه مندوبًا إليه.

قال: (**إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ**) أي: مسلمًا كان أو ذميًا أو معاهدًا أو حربيًا؛ لأنه تصرف في المال حال الحياة فأشبه الهبة ونحوها، وأما المرتد فإن لم يحجر عليه نفذ تصرفه على الأصح كمن سفه بعد رشده، ولم يحجر عليه بعده بسفهه الطارئ كما سبق.

وإن حجر عليه فتصرفه موقوف على أظهر الأقوال، وقد أخرج المصنف بقوله: «التصرف» المحجور عليه بسفه والجنون والصبى، نعم سبق عن جماعة أن الصبي المميز لو أعتق في مرض موته كان على القولين في وصيته، وإن

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٢٠، رقم ٩٤٣١)، والبخاري (٦/ ٢٤٦٩، رقم ٦٣٣٧)، ومسلم (٢/ ١١٤٧، رقم ١٥٠٩)، والترمذي (٤/ ١١٤، رقم ١٥٤١) وقال: حسن صحيح غريب. وابن حبان (١٠/ ١٤٧، رقم ٤٣٠٨).

....

الدارمي خصص القولين بما إذا مات صغيرًا.

أما لو بلغ ثم مات؛ صحت هبته ووصيته قولًا واحدًا واستغربناه، وأشار في موضع إلى أنها طريقة ضعيفة، والظاهر أن العتق على هذه الطريق كذلك، ولعل موضعها ما إذا بلغ في مرضه ذلك، ثم مات لا إن عوفي ثم مات من بعد.

وفي «الحاوي» على قولنا تصح وصيته أن في عتقه وهبته في مرض موته وجهًا، ولو نجز المحجور بفسقه العتق في مرض موته.

قال الماوردي: فهل يغلب بحجر السفه أو المرض؟ على وجهين فعلى الثاني يصح في ثلاثة كالمريض الرشيد، انتهى.

وهو المختار عندي، وإن اقتضى كلام الشيخين وغيرهما الجزم بالأول لحاجته إلى الثواب وزوال المعنى في الحجر، ولو لزمته كفارة فأذن له الولي في عتق رقبة معينة عنها؛ فالظاهر بحثًا لا نقلًا نفوذه منه ولا يخرج على الخلاف في بيعه ونحوه بإذنه؛ لوضوح الفرق، وكذا لو كان قد نذر في حال رشده عتق رقبة في وقت بعينه لو نذره بعد طروء سفهه، ثم حجر عليه وحضر الوقت فالظاهر نفوذه منه سيما إذا كان قد عينه في أحد عبيده، نعم لا يصدق في نذره السالف إلا ببينة عليه.

إشارات: قد يدخل في لفظ المصنف: أو يخرج منه، ما لو أعتق المبعض من يملكه ببعضه الحر ولم أرَ فيه نصًا، غير أن الجيلي قال في كتابه «الإعجاز»: إن كفارته بالمال، ثم ذكر أنه في الطلاق والإعتاق كالعبيد، وأما إعتاق المكاتب عن سيده أو غيره بإذنه فكتبرعه بإذنه فيصح على الأظهر وعن نفسه بالإذن باطل على المذهب، وقد يرد بعد ما ذكرناه على لفظ الكتاب، وفي إعتاق الراهن والمفلس ما سبق في بيانهما، وفي إعتاق السيد العبد الجاني وعبيد مأذونه في التجارة إذا ركبته الديون ولم يتصل به حجر كلام سبق.

فَرْعٌ: لا يفسد العتق بالشروط الفاسدة بخلاف الوقف، صرح به القفال في «الفتاوى» ومقتضى كلام الإمام وغيره القطع به واقتضى كلام الرافعي في كتاب

وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ فَيَعْتِقُ كُلُّهُ.

الوقف أنه يفسد بذلك وهو غريب، وفي «البسيط» هناك: وإذا وقته نفذ ولغا التوقيت، انتهى.

فإذا قال: أعتقتك شهرًا مثلًا عتق أبدًا، ورأيت في «شرح الكفاية» للصيمري: أنه لو قال: أنت حر، ثم قال: أردت إلى سنة، قبل في الباطن، وقد يفهم أنه إذا لفظ به لا يعتق إلا أن يكون أراد به التعليق كأنت حر بعد سنة، ولا أعلم خلافًا عندنا أنه لو قال: أعتقتك ولا ولاء لي عليك أنه يعتق ويثبت له الولاء عليه، وسيأتي من كلام الرافعي في كلامه على عتق أمته الحاصل الجزم بعكس ما ذكره في كتاب الوقف.

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة هنا: عتق البهائم غير نافذ على الأصح.

قلت: كذا عبر الغزالي.

قال ابن الصلاح: إنما الخلاف فيما يملك بالاصطياد، أما البهيمة الأنسية فإعتاقها من قبيل سوائب الجاهلية وذلك باطل قطعًا، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ**) أي: بالصفات كطلوع الشمس وقدوم زيد أو شفاء عمرو أو موته ودخول الدار وهبوب الرياح وغيرها؛ لأنه تعليق قربة سارية؛ فجاز كالتدبير وخرج بسارية الوقف، ولا يفسد بالشروط الفاسدة كما بيناه بخلاف الوقف، ويصح تعليقه بالإعتاق على عوض أيضًا.

قال: (**وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ**) أي: شائع أو معين كما صرح به «المحرر».

(**فَيَعْتِقُ كُلُّهُ**) أي: حيث لا مانع من ذلك كما سيأتي، وقد روى أبو المليح عن أبيه: «**أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ غُلَامٍ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فقال: لَيْسَ لله شَرِيكٌ، وأجاز عتقه**»[١] رواه الإمام أحمد والنسائي وأبو داود وهذا لفظه.

وقد كمل الشارع العتق على الموسر؛ إذا كان الباقي لغيره فلان يحمل والباقي له أولى، وفي كيفية عتق كله إذا أضاف العتق إلى جزء شائع وجهان:

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ١٩٢)، وأبو داود (٣٩٣٥).

....

أحدهما: يقع على الجزء المسمى بشراء إلى الباقي.

والثاني: يقع على الجميع دفعة واحدة وكأنه عبر بالبعض عن الكل، وإن أضافه إلى جزء معين فوجهان مرتبان، وأولى بحصوله دفعة واحدة وسبق بيان هذا الخلاف في الطلاق، ثم موضع عتق الكل عند قوله: نصفك حر ما إذا لم يمنع من التكمل مانع كمن رهن نصف عبيده ولا يملك غيره أو أعتق نصيبه وهو مقر بقيمة الباقي.

تنبيهات: من ثمرة الخلاف في إضافته إلى جزء شائع أنه لو أوطأ بعتق بعض عبده بعد موته.

فإن قلنا: إن العتق يقع بطريق السراية لم يعتق عنه إلا ما وصى بعتقه.

وإن قلنا: يقع بطريق التعبير بالبعض عن الكل أعتق عنه جمع العبد، ذكره في «البحر».

وقال القاضي الحسين: إن قلنا: الاعتبار في تعليق الطلاق بحالة التعليق عتق، وإن قلنا: بحالة وجود الصفة فوجهان بناء على ما ذكر من المأخذين.

ومن ثمراته أنه إذا أضيف إلى عضو معين أنه لو قال: إن دخلت الدار فخنصرك الفلاني حر، ثم قطع ثم دخل الدار فعلى الأول لا يعتق، وعلى الثاني يعتق واستبعد القاضي وقوع العتق في هذه الصورة، فإنه لم يضف إلى شيء متصل به فأشبه ما لو قال: يدك الثالثة أو رجلك الثالثة حرة ولا زائدة له فإنه لا يعتق. وفي «تعليق» إبراهيم المروزي بعد نقله البناء عن الأصحاب عن رواية القاضي.

قال القاضي: وذلك خطأ؛ لأن المضاف إليه الطلاق والعتق لا بد أن يكون موجودًا قابلًا للعتق والطلاق حالة الإضافة، فإذا لم يكن لم يعمل فيه كما لو قال لها ذكرك طالق ولو أضاف إلى الجزء الثاني بأن قال: أعتقت هذه اليد المقطوعة لم يقع، انتهى.

وحكى الإمام ذلك طريقة ولم ينسبها، وقال لها: أفقه، واقتضى كلام

وَصَرِيحُهُ تَحْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ، وَكَذَا فَكُّ رَقَبَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ، وَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَتُهُ.

«البسيط» أنه إذا قال لمقطوع اليمين يمينك حر أنه لا يعتق على المذهب كما لو قال: لمقطوعة يمين يمينك طالق.

ومنها: نقل الرافعي قبيل باب التدبير في فروع رواها الروياني عن والده وغيره أنه إذا أعتق بعض مملوكه بسراء إلى الباقي إذا كان قابلًا للعتق إلا في مسألة واحدة ذكرها بعض الأصحاب وهي أنه إذا وكل إنسانًا بإعتاق عبده فأعتق الرجل نصفه ففي حصول العتق في النصف وجهان، وبالحصول قال أبو حنيفة، وعلى هذا ففي عتق النصف الثاني وجهان أصحهما أنه يعتق، انتهى.

وعبر المصنف في «الروضة» عن هذا بأنه لو وكله في إعتاق عبده وأعتق الوكيل نصفه فهل يعتق نصفه فقط لم يعتق ويسري إلى باقيه أم لا يعتق منه شيء للمخالفة. فيه أوجه أصحها الأول، انتهى وفي هذا الاختصار نظر عن وجهين لا يخفى أمرهما.

وقياس ما ذكراه أن قبول الوكيل الهبة والوصية كقبول الموكل؛ فيسري أن يكون إعتاق الوكيل النصف كإعتاق الموكل فيعتق الجميع جزمًا إما سريانًا أو تعبيرًا بالبعض عن الكل على اختلاف الوجهين.

ومنها: سبق في إضافة الطلاق إلى الدم والسمن والشحم واللبن والشعر وفضلات البدن وغيرها فوائد جمة، وبيان ما فيها من الاختلاف واختلاف الترجيح والاضطراب وقد أشار الصيمري إلى أن الحكم هنا كما مرَّ في الطلاق.

قال: **(وَصَرِيحُهُ تَحْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ)** لأنه قد ثبت لهما عرف في الشرع والاستعمال، فإذا قال لعبده أو أمته: أنت حر أو محرر أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أعتقتك، وكل ما يتصرف من اللفظين عتق وإن لم ينو.

قال: **(وَكَذَا فَكُّ رَقَبَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَحْتَاجُ)** أي: ما هو صريح.

(إِلَى نِيَّةٍ) لأنه لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، وهذا حشو لأن من المعلوم أن الصرائح لا تحتاج إلى نية وكأنه وطأ به لقوله: **(وَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَتُهُ)** أي:

....

وإن اختفت بها قرائن؛ لأنها تحتمل العتق وغيره فافتقرت إلى التمييز بالنية، ثم أخذ في بيان الكتابة كما سيأتي عدنا إلى الكلام على قوله: وكذا فك رقبة في الأصح إذا قال لعبده: فككت رقبتك فوجهان:

أحدهما: أنه صريح لورود القرآن به لاستعماله في العتق وغيره، وأرسل الجمهور الوجهين بلا ترجيح على ما رأيته فيما وقفت عليه من كتب الطريقتين، وصحح في «المحرر» الأول، وقال في «الشرحين»: إنه الأرجح، زاد في «الكبير» على قياس نظائره.

فافهم أن الترجيح له ولم أره لغيره، وذكر الجيلي: إن الثاني أصح، وقضية كلام الماوردي والفوراني الجزم به حيث قالا: والصريح لفظتان العتق والتحرير، وهو مقتضى كلام الصيمري في «شرح الكفاية» وبه جزم صاحب «الانتصار» في «تنبيهه» وهو قضية قول «اللباب» وأصله الرونق، فالصريح لفظتان العتق والتحرير والكتابة وما سوى ذلك من الألفاظ التي تشبه الإعتاق، انتهى.

وقال الجرجاني في «التحرير»: وقيل وفك الرقبة، انتهى. نعم؛ في «البحر» إن ظاهر المذهب.

ونص عليه في «الأم» أن قوله: فككت رقبتك من الرق صريح، ثم حكى عن بعضهم طرد الوجهين فيه، وقد يؤخذ من النص أن الاقتصار على فككت رقبتك ليس بصريح ما لم يضم إلى ذلك قوله من الرق، ومادة الوجهين أن ما ورد في القرآن مرة واحدة ولم يتكرر على لسان حملة الشرع هل يكون صريحًا أو كتابة؟ فيه نزاع ذكروه في كتاب الخلع والطلاق والرجعة والترجيح فيه مختلف، وسبق أن بعضهم قال: إن لفظ الإمساك ليس بصريح في الرجعة عند الأكثرين، وقال ابن داود: إنه ظاهر المذهب على أن ورود القرآن به في مسألتنا نظر.

قال القرطبي: قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ ۝١٢﴾ [البلد: ١٢] خلاصها من الأسر، وقيل: من الرق، وقال الماوردي في «تفسيره»: ويحتمل أنه أراد فك رقبته باجتناب المعاصي وفعل الطاعات وهو أشبه بالصواب، انتهى، إذا علمت

....

هذا عرفت أن في ترجيح الصراحة نظرًا، وإن حكمنا بصراحة النظائر المشار إليها، والله أعلم.

تنبيهات وفروع:

منه: الظاهر أن ترجمته صرائح العتق بسائر اللغات صرائح على المذهب كما سبق في نظيره الطلاق.

وفي «فتاوى» القفال أنه لو قال لجاريته: يا حُرَّتِي، وعرف معناه؛ وقعت الحرية، انتهى.

ولم يصور ذلك في الأعجمي بل أطلق، والظاهر أن مراده الأعجمي كما اقتضاه إيراد إبراهيم المروزي، وإن إشارة الأخرس المفهومة لكل أحدٍ بالعتق صريح كطلاقه بها نعم إن كان كاتبًا ففي اعتبار ضم الكتابة إلى الإشارة كلام سبق هناك.

ومنها: سبق أنه لو لفظ عجمي بالطلاق بالعربية ولم يعرف معناه أنه لا يقع طلاقه على تفصيل بيناه هناك.

قال الماوردي: وإن أطلق العربي بصريح العجمية وهو لا يعرف معناها فهو كالعجمي فيما سبق، والظاهر أن الحكم هنا كذلك، وسبق أنه لو قال العربي: فارقتك ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه لا يكون صريحًا ويشبه أن يجيء مثله هنا في صورة فك الرقبة إذا قلنا بصراحته.

ومنها: أغرب في «روضة الحكام» فنقل في باب الإقرار عن رواية جده أبي العباس الروياني عن بعض الأصحاب: إنه لا يقع الطلاق بقوله: أنت طالق بمجرده بل لا بد من زوجتي، والظاهر أن قائله يقول لا يعتق العبد بقوله: أنت حر أو عتيق أو أعتقتك ونحوها حتى يضم إلى ذلك من رقي وليس بشيء.

ومنها: سكتوا عمّا لو اشتهر لفظ للعتق في ناحية هل يكون حكمه ما سبق في نظيره من الطلاق حتى يجري فيه الخلاف السابق أم لا؟ والقياس مجيئه.

ومنها: نقلا عن الزيادات أنه لو قال لأمته: أعتقك الله عُتقت بأنه

....

صريح، ورأى الْبُوشَنْجِي أنه كناية، وكذا قاله الغزالي في «فتاويه».

وفي «فتاوى» القاضي الحسين أنه لو قال: أعتقك الله لم يعتق؛ لأنه دعاء، وإن قال: الله أعتقك عُتق؛ لأنه إخبار، قال البغوي: وعندي لا يعتق في الموضعين، وقال الشيخ العبادي: يعتق في الموضعين هذا ما رأيته في «فتاوى» القاضي، ونسب الرافعي مقالة البغوي إلى القاضي، وفي «كفاية» ابن الرفعة قيل: ومطلبه عن القاضي أنه لا يعتق في الأولى؛ لأنه دعاء وأن الظاهر صراحة الثاني فإنه إخبار، انتهى.

وفي صحة هذا النقل هكذا وقفة وقضية الإخبار كونه إقرارًا، حتى لو كان لم يعتقه من قبل لم يلزمه باطنًا، ويحتمل أن يقال: قوله: أعتقك الله صار صريحًا عرفًا، فيؤاخذ به، ويحتمل أن يفرق بين قوله: جوابًا؛ لالتماسه العتق منه، وبين أن يقوله ابتداء، ويحتمل تخريج الصراحة وعدمها حيث اشتهر ذلك لإرادة العتق على الخلاف في حلال الله عليَّ حرام كما أشرنا إليه، وإلا فهو كناية.

ومنها: لو كان اسمها قبل الرق حرة، فقال لها: يا حرة، فإن لم يرد البداءة باسمها القديم عتقت جزمًا، وإن قصده فوجهان عن القاضي الحسين، وبه جزم في «الوجيز» أنها تعتق.

وقال الشيخ أبو محمد: لا تعتق، وهو الأشبه في «الشرحين» والأظهر عند الإمام وصححته «الروضة» وفي «البسيط» و«الذخائر» حكاية المنع عن الإمام فقط.

وقال ابن الرفعة في «الكفاية»: لو كانت تسمى حرة قبل جريان الرق عليها فقال لها: يا حرة على قصد النداء لم تعتق، وإن أطلق فوجهان: أشبههما: عدم العتق، انتهى، وهو سهو منه.

وإنما ذلك إذا كان اسمها في الحال: حرة، أو كان اسم العبد: حرًّا أو عتيقًا، فإن قصد النداء لم يعتق، وكذا إن أطلق في أشبه الوجهين في «الشرحين» وأصحهما في «الروضة».

....

قال في «البسيط»: لو قال السيد: أريد أن ألقبها بالحرة وأجعل ذلك اسمها، ثم قال بعد ذلك: يا حرة، فالظاهر أنه لا تحصل الحرية إذا قصد النداء، ويلتفت على أن من غير موجب اللغة بالاصطلاح، وفيه خلاف ذكرناه في مسألة السر والعلانية في الصداق، انتهى. ولم يصرح إمامه بترجيح.

ومنها: لو كان اسمها حُلة باللام فقال: يا حرة، ثم قال: أردت نداءها باسمها، فالتفت الحرف، فيشبه أنه يصدق كما سبق فيما لو كان اسم الزوجة طارقًا فقال: يا طالق ثم قال أردت النداء باسمها فالتفت الحرف بلساني.

ومنها: قال ابن الرفعة: ولو قال لها يا حرة في معرض التوبيخ لم تعتق، وإن لم يكن اسمها حرة، صرَّح به القاضي الحسين قبيل باب القرار بالوارث، انتهى.

وهذا إن كان في الباطن فقريب، وإن أراد أنها لا تعتق في الظاهر، ويصدق وهو ظاهر إيراده فمشكل؛ سيما إذا لم تشهد له قرينة ظاهرة مشعرة بالتوبيخ، وفي «الإشراف» نقل عدم العتق بذلك عن رواية الشيخ أبي عاصم، وأن القاضي الحسين كان يميل إلى أنه صريح في الإعتاق، انتهى.

وفي «فتاويه»: إنه لو ادَّعى العبد العتق على سيده ورافعه إلى الحاكم فأنكر وحل ثم قال له على وجه السخرية: قم يا حر.

قال القاضي: يحكم عليه بالحرية لحديث: «**ثَلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ...**»[(١)] وعدَّ منها الإعتاق.

وحكي أنه جرى في مجلس ابن أبي ليلى فحكم بالعتق ورفع إلى جعفر الصادق فقال: لا يعتق لأنه ذكره سخرية واستهزاء كما قال تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْكَرِيمُ ﴿٤٩﴾﴾ [الدخان: ٤٩] والمراد منه سلب العزة، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٩، رقم ٢١٩٤)، والترمذي (٣/ ٤٩٠، رقم ١١٨٤)، وقال: حسن غريب. وابن ماجه (١/ ٦٥٨، رقم ٢٠٣٩)، والحاكم (٢/ ٢١٦، رقم ٢٨٠٠) وقال: صحيح الإسناد.

....

ومنها: أفتى الغزالي بأنه لو اجتاز بالمكاس وخاف أن يطالبه بمكس عبده، فقال: إنه حر وليس بعبد، وقصد الإخبار، لم يعتق باطنًا وكان كاذبًا في خبره، وقضية هذا أنه لا يقبل ظاهرًا، وهو مؤيد لما قدمناه في مسألة القاضي.

قلت: كذا نقلاه، ولفظ «الفتاوى»: إذا ذكر ذلك بصيغة الإخبار ـ وهو كاذب ـ لم يعتق بينه وبين الله، وكان كإقراره بإعتاقه بالأمس وهو كاذب، وإنه لو قال: أفرغ هذا العمل قبل العشر وأنت حر، وقال: أردت حرًّا من العمل، دين ولا يقبل ظاهرًا.

قلت: وبه أفتى القفال، وإنه لو زاحمته امرأة في طريق فقال: تأخري يا حرة فبانت أمته لا تعتق؛ إذ رضاه في اللفظ المزيل لملكه شرط، ولم يوجد كما لو كان اسم امرأته طالقًا واسم عبده عتيقًا فقال لها: يا طالق، وله: يا عتيق، أو قال لغيره: هي طالق وهو عتيق لم ينفذ الطلاق والعتاق، انتهى.

وحكى الرافعي عنه قوله لم تعتق بلا يوجبه، ثم قال: وهذا إن أراده في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدري من يخاطب هاهنا وعنده أنه يخاطب غير أمته، انتهى.

وأشار بالفرق إلى صورة الفرع من هذا العمل، وأنت حر، ولا شك أن الغزالي أراد أنها لا تعتق في الظاهر كما أفهمه توجيهه، لكن قد يحدث الفرق أنه لو خاطب زوجته بالطلاق وهو يظنها أجنبية فإنه يقع الطلاق، وفيه نظر!

ورأيت في موضع من «الحاوي» أن الشافعي كان راكبًا فزحمته امرأة فقال: تأخري عن الطريق يا حرة أنها جاريته، فلم يتملكها، فاحتمل أن يكون رأى أنها عتقت، واحتمل أن يكون أعتقها تورعًا.

ومنها: في إطلاق «الروضة» عن الزيادات: إنه لو قال لامرأته: يا بنتي، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السبق، كما لو قاله لعبده أو أمته، زاد: قلت: المختار في هذا أنه لا يقع به فرقة إذا لم تكن نية؛ لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة، وقال هنا: لو قال لعبده: أنت ابني، ومثله يجوز

....

أن يكون ابنا له ثبت نسبه وعتق إن كان مجهول النسب، وإن كان معلوم النسب لم يلحقه، لكن يعتق في الأصح.

قال الإمام: ولو قال لزوجته: أنت بنتي فالحكم في حصول الفراق وثبوت النسب، كالعتق، انتهى.

قيل: وهذا مخالف للأول إلا أن يدعي الفرق بين النداء وغيره.

قلت: الفرق أن النداء يتوسع فيه، فيقول الشخص لأولاد الأجانب ولعبده وأمته: يا ابني ويا بنتي، ولا يراد به إلا الملاطفة، وهذا كثير في الاستعمال، بخلاف قوله: أنت ابني أو بنتي لا يستعمل عرفًا للملاطفة، وقد يقع نادرًا فيحمل اللفظ على حقيقته بشرطه، والصحيح والمختار أن قوله لعبده: يا ابني لا يقتضي العتق بمجرده، والله أعلم.

ومنها: قال الرافعي: رأيت بخط أبي المحاسن الروياني في فروع حكاها عن والده وغيره أنه لو قال لعبده: أنت حر مثل هذا العبد، وأشار إلى عبد آخر، يحتمل ألَّا تحصل الحرية؛ لأن حرية البدن غير ثابتة في المشبه، فيحمل على حرية الخلق، زاد في «الروضة»: قلت: وينبغي أن يعتق، وإنه لو قال: أنت حر مثل هذا، ولم يقل هذا العبد فيحتمل أن يعتقا، والأصح أنهما لا يعتقان، زاد المصنف، **قلت**: الصواب عتقهما، انتهى.

قلت: وعتق الثاني ينبغي أن يكون مؤاخذة حتى لو كان كاذبًا لم يعتق باطنًا؛ لأن مثل هذا ليس صيغة إنشاء، بخلاف قوله للأول أنت حر، وكذا يدين إذا قصد به الصيغة أيضًا، الإخبار، أو قال: أردت أنه حر الأخلاق، صرح الصيمري بتدينه في قوله لعبده: أنت حر كاذبًا.

ومنها: حكى الرافعي عن ابن سريج وأغفلته «الروضة»: إنه لو قال لعبده وعبد غيره: أحدكما حر، لا يكون له حكم.

قال الرافعي: وهذا غير مسلم، أليس ذكرنا في الطلاق وجهين فيما لو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق أنه هل يقبل قوله: أردت الأجنبية؟ فقد

....

اتفق الوجهان على أن له حكمًا وأثرًا، وإنما الكلام في أنه يتمكن من الصرف عن الزوجة، انتهى.

وهذا بيِّن ولا ريب أن عبده لو قال: أردتني أحلف له.

ومنها: في «فتاوى» البغوي: مات رجل فقيل لابنه: إن أباك قد أعتق هذا العبد، فقال: إن كان أعتقه فقد أعتقته، فبان أن الأب لم يكن أعتقه، وقال: يعتق؛ لأن قوله: إن كان الأب قد أعتقه ليس بتعليق؛ لأن الأب إن كان قد أعتقه، ولا معنى لعتقه، ولكن مقصوده بهذا القول أنكم إذا اتفقتم على عتقه فإني لا أرد قولكم فقد أعتقته، وإن كنت منكرًا لعتق الأب.

قلت: فيه نظر، وينبغي أن يراجع ويعمل بمقتضى إرادته، وقضية إطلاقه: إنه لا فرق بين كون العتق المضاف إلى الأب في مرض موته أو غيره، ولا بين خروجه من الثلث وغيره، والصيغة محتملة، وقد يريد بها الإجارة له إن كان قد وقع منه، أو التعليق على تحقق صدوره منه، كل ذلك محتمل، والعامي لا يعرف ما ذكره من أنه لا معنى لعتقه إن كان الأب أعتقه.

ومنها: في كتاب الصلح من «الحاوي»: إنه لو باع عبدًا بيعًا فاسدًا، ثم أذن لمشتريه في عتقه فأعتقه المشتري بإذنه لم يعتق؛ لأن إذنه إنما كان مضمونًا بملك العوض، فلمَّا لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالأولى.

قلت: وفيه نظر، ولا شك أن التصوير فيما إذا كان البائع جاهلًا بفساد البيع، كما اقتضاه كلامه، أمَّا لو علم فساده عتق، ويحتمل أن يقال: ينفذ، وإن علما فساده وتلزمه قيمته.

ومنها: قال الصيمري: لو قال: رأسك رأس حر ـ بالتنوين ـ عتق عليه، فإن قال: أردت التشبيه بالحر لم تقبل ظاهرًا ودينًا، ولو قال: رأسك رأس حر ـ بالإضافة لا بالتنوين ـ وقال: ما أردت العتق قُبل قوله في الظاهر.

قلت: وعن المعرب: لا يفرق بين التنوير فيهما والإضافة، فيشبه أن يراجع أو يصدق في المشبه فيهما، والله أعلم.

وَهِيَ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، لَا سُلْطَانَ، لَا سَبِيلَ، لَا خِدْمَةَ، ....

فَرْعٌ: لاحظ أن التعليق بالمشبه وغيرها يجري في العتق كما سبق في الطلاق إيضاحه.

قال البغوي: لو قال: أنت طالق إلا أن أشاء أو يبدو لي وقع في الحال، وتبعه في «الروضة» وحذف قول الرافعي، ويمكن بأن يقال: هو كقوله إلا أن يشاء الله، أو يشاء فلان، انتهى.

وقال المتولي: لو قال: إلا أن أشاء أنا صار عدم الوقوع مطلقًا بمشيئته، فمتى قال: شئت عدم الوقوع بان أن الطلاق غير واقع، انتهى.

وقال البيهقي في «المبسوط» في كتاب النذور: وقال الشافعي - يعني في «الأم»- كما رأيته فيه بهذا اللفظ هناك: ولو قال الرجل: غلامي حر الأب يبدو لي في ساعتي هذه، أو في يومي هذا، أو أشاء أو يشاء فلان إلا أن يكون حرًا، أو امرأته طالق إلا أن أشاء، أو لا تكون طالقًا في يومي هذا، أو يشاء فلان فشاء أو شاء، الذي ذكره لم يكن العبد حرًا ولا المرأة طالقًا، انتهى.

وقال الصيمري في كتاب الأيمان من «شرح الكفاية» عقب «التعليق» بمشيئة الله: ولو قال: والله لأفعلن كذا إلا أن يبدو لي، إلا أن يغير الله ما في قلبي، فإذا تغير رأيه فلا حنث عليه، انتهى.

قال: (**وَهِيَ**) بمعنى الكناية.

(**لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، لَا سُلْطَانَ، لَا سَبِيلَ، لَا خِدْمَةَ**) أي: لي عليك أيضًا في الثلاث ومثله: لا يد، لا أمر ونحوها لاحتمالها.

قلت: وما جزم به من قوله: لا خدمة لي عليك، هو الجواب في «التهذيب» وغيره، وفي «تعليق» البغوي: إنه أصح الوجهين.

والثاني: لا يكون شيئًا وإن نوى؛ لأن الخدمة لا تدل على الملك؛ لأنه تجوز الوصية له بالخدمة دون الرقبة، فربما تكون له خدمة بالوصية دون الرقبة، انتهى.

وقد يكون مالكًا للرقبة ولا خدمة له عليها، بأن كان مورثه أوصى بمنفعته للغير أبدًا وليس بشيء.

أَنْتَ سَائِبَةٌ، أَنْتَ مَوْلَايَ، وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلَاقِ، ....

قال: (**أَنْتَ سَائِبَةٌ**) أي: لإشعارها بالعتق تشبيهًا بسوائب الجاهلية.

(**أَنْتَ مَوْلَايَ**) لأن المولى مشترك بين معان كثيرة.

وعدَّ الصيمري من الكنايات هنا قوله: لا أبيعك، لا آكل ثمنك، أو اذهب، أو امض، قال: وليس منها: أهم عندي وأقرب مني، انتهى.

وعد في «المحرر» وغيره من الكنايات قوله لأمه بالفارسية: (يا كذبا نُومَنِي) قال ابن الصلاح: ومعناها: يا سيدة البيت القائمة بتدبير أمره، وهي بكاف مفتوحة، ثم ذال معجمة ساكنة ثم باء موحدة، ثم ألف ثم نون مضمومة، ثم واو، و(مني) بفتح الميم، وكسر النون المخففة، ومعناه الاختصاص بالمتكلم.

قال الرافعي: ولو قال لعبده: يا سيدي، فعن القاضي الحسين لا يعتق وإن نوى؛ لأنه من السؤدد وتدبير المنزل، وليس فيه ما يقتضي العتق، وبه أجاب في «الوجيز».

قال الإمام: والذي أراه أنه كناية، زاد في «الشرح الصغير»: هو الأشبه عنده، وعند غيره، ولو قال لأمته: يا كذباتو، فهو كقوله للعبد: يا سيدي، وبكونه كناية أجاب في «التهذيب»، انتهى.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: لو قال لعبده: يا سيدي، لا يعتق وإن نوى، ولو قال لأمته: يا كذباتو، ولعبده: يا خواجه، لا يعتق به، انتهى.

وجزم صاحب «الكافي» بأن قوله لعبده: يا سيدي، كناية ومثله، أو أوضح منه يا أستاذي.

قال: (**وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلَاقِ**) أي: فإنها كنايات هاهنا؛ لإشعارها بإزالة قيد الملك، كذا أطلق الشيخان هنا، وقد استثنيا في كتاب الطلاق لفظتي: العدة، والاستبراء في حق العبد؛ لاستحالتهما في حقه، بخلاف الأمة على الأصح؛ لقول المحل للعدة في الجملة.

ولو قال لعبده: أنا منك حر، فليس بكناية على الأصح، بخلاف قوله للزوجة: أنا منك طالق لشمول الزوجية لهما، بخلاف الملك، وسبق عن

وَقَوْلُهُ لِعَبْدٍ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَلِأَمَةٍ أَنْتَ حُرٌّ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ عِتْقُكَ إِلَيْك أَوْ خَيَّرْتُك وَنَوَى تَفْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْمَجْلِسِ عَتَقَ، ....

الدارمي وغيره أن قوله: يا طالق كناية، ويبعد أن قوله: أنا حر كناية.

ثم رأيت ابن الرفعة قال: وفي قوله للأمة: أنت عليَّ كظهر أمي وأنا منك حر، وجهان في أن ذلك كناية أم لا؟ والمختار في «المرشد» في الأولى الثاني، وهو الذي قال به الأكثرون في الثانية، انتهى.

ولعل محل مقابله إذا قال: أنا منك حر، كما صوَّره، لا ما إذا قال: أنا حر، فإنه لا إشعار فيه أصلًا، والأصح في الأولى أنه كناية.

واعلم أني ذكرت جملة صالحة في «الغنية» هناك من كنايات الطلاق، وفي كون جميعها كنايات في العتق وقفة للمتأمل.

قال: (**وَقَوْلُهُ لِعَبْدٍ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَلِأَمَةٍ أَنْتَ حُرٌّ صَرِيحٌ**) أي: ولا يضر الخطأ في التذكير والتأنيث وتغليبًا للإشارة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ عِتْقُكَ إِلَيْك أَوْ خَيَّرْتُك وَنَوَى تَفْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْمَجْلِسِ عَتَقَ**) أي: كما في الطلاق، وقد بيَّناه هناك في أن المراد به مجلس التواجب لا الاجتماع.

وعبارة «المحرر» و«الشرح» و«الروضة»: ولو قال: جعلت عتقك إليك، ولا معنى لحذفه لفظة: جعلت، ثم عبارة «الروضة» و«الشرح»: فأعتق نفسه في الحال عتق، وهي أدل على الفورية، وقد صرَّحوا بها هناك.

وقال ابن القاص وغيره هناك: لا يضر التأخير ما داما في المجلس، وهذا ما توهمه عبارة الكتاب.

وقال ابن المنذر: لها أن تطلق نفسها متى شاءت، وسبق عن القفال: إنها لو قالت: كيف يكون تطليقي نفسي؟ ثم قالت: طلقت، وقع.

وقال الرافعي: إنه مبني على أن تخلل الكلام لا يضر، وسبق أنه يشترط لصحة التفويض كونها لا صغيرة ولا مجنونة، وذكروا ثم أن التفويض تمليك أو توكيل قولان، وكأنهم فرَّعوا هنا على الأظهر.

أَوْ أَعْتَقْتُك عَلَى أَلْفٍ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَ ....

قال المصنف هناك بعد ذكره تفريع القولين: ولو قال لها: طلقي نفسك فقالت: طلقت نفسي، أو أنا طالق إذا قدم زيد لم يقع إذا قدم، وقيل: يقع، ولو أمرها بالتعليق، أو قالها الأجنبي ففعل لم يصح في أصح الأوجه، ثم قال: وهو نص الإعتاق إلى العبد كتفويض التطليق إلى الزوجة في الأحكام المذكورة، ثم ذكر صورًا مثلها هاهنا.

تنبيهات:

منها: وقع في «الروضة»: ولو قال: جعلت عتقك إليك، أو حررتك، ونوى تفويض العتق إليه المسألة، فأتى بلفظ الحاء المهملة والراء المكررة، وهو سبق قلم، ووقع في نسخ بالشرح: خيَّرتك كـ«المحرر» وفي نسخ معتمدة: أو حريتك، وكذا رأيتها في نسخ بـ«التهذيب» فيكون قد فوَّض عتقه إليه بصريحي لفظة العتق والتحرير، ويبعده ما سيأتي، وفي نسخ بـ«التهذيب» كـ«المحرر» وهي الصحيحة، ومنها أخذ الرافعي.

ومنها: اعلم أن قضية ما ذكراه هناك أن التفويض بالصريح لا يفتقر إلى نيَّة التفويض، وإنما ذلك إذا فوَّض إليها بكناية، والمتبادر من لفظ «المنهاج» هنا وأصله خلافه، وإنه يقتصر اللفظان، فيخصّ قولهما، ونوى تفويض العتق إليه بلفظة: خيَّرتك؛ لأنها كناية، ولا تعاد إلى قوله: عتقك إليك؛ لأنه تفويض بالصَّريح، وهذا يبين أن الصواب لفظة: خيَّرتك من التخيير، لا لفظة: حريتك من التحرير؛ لأن التفويض بالصريح لا يحتاج إلى نية تفويض، كما أن التمليك صريح لفظ الهبة لا يحتاج إلى نية التمليك.

ومنها: قال البغوي في «الفتاوى»: إذا قال لعبده: بع نفسك منك، فقال: بعت، فهو كما لو قال لامرأته: أمرك بيدك، فإن نوى تفويض العتق إليه، ونوى العبد عتق، انتهى. وفيه إشكال.

قال: (**أَوْ أَعْتَقْتُك عَلَى أَلْفٍ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَ**) أي: في الحال كما قيَّده الرافعي وغيره.

أَوْ قَالَ لَهُ الْعَبْدُ أَعْتِقْنِي عَلَى أَلْفٍ فَأَجَابَهُ عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ، ....

(أَوْ قَالَ لَهُ الْعَبْدُ: أَعْتِقْنِي عَلَى أَلْفٍ فَأَجَابَهُ) أي: في الحال أيضًا.

(عَتَقَ فِي الحَالِ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ) أي: في الصور الثلاث كما في الطلاق.

قال الرافعي: ولو قال: أعتقتك على كذا إلى شهر، فقيل: عتق في الحال، والمال مؤجل، ولو أعتقه على خمر أو خنزير عتق وعليه قيمته، وكذا إن قال: أعتقتك على أن تخدمني ولم يبيّن مدة، أو قال: على أن تخدمني أبدًا، ولو قال: على أن تخدمني شهرًا، أو تعمل لي كذا وفصّله فقبل عتق، وعليه ما التزم، أي: وإن لم يفصّله عتق، وعليه القيمة، ولو خدمه نصف شهر ومات، فللسيد نصف قيمته في تركته، وهذه الصور كلها أخذها من «التهذيب» وقوله: على أن تخدمني شهرًا يفهم أنه يكفي الإبهام، وينزل على خدمة شهر من الآن، وليس كذلك، بل يعتق، وعليه قيمته، وقد يجاب عنه بأن قوله: وفصّله يعود على العمل والشهر جميعًا، أي: وبين الشهر والعمل.

وعبارة «التهذيب» على ما رأيته في أربع نسخ منه: ولو قال: أعتقتك على أن تعمل لي كذا وبيّنه، أو قال: على أن تخدمني شهرًا فقبل عتق وعليه ما قبل، وهي تشعر بأنه لا يشترط تعيين الشهر، ورأيت في بعض النسخ المعتمدة من الشرح عقب ذكره العتق على الخمر والخنزير: وكذا لو قال: أعتقتك على أن تخدمني شهرًا، ولم يبيّن مدة، أو قال: على أن تخدمني أبدًا . . . إلى آخر ما تقدَّم، فاقتضى أن إبهام الشهر كإبهام المدة.

وعبارة «التهذيب» و«الكافي» كما سبق: فيحتمل أن ينزل الإطلاق على شهر من الآن، لكن ذكر الشيخان في كتاب «الكتابة»: إنه لو قال: أعتقتك على أن تخدمني شهرًا من الآن فقَبل عتق، وعليه الوفاء، والظاهر أن قولهما من الآن قيّد للصحة، فإن تعذَّر بمرض وغيره ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة أو قيمة العبد قولان كالصداق، وبدل الخُلع.

فائدة: قال في أصل «الروضة»: لو استأجر للخدمة وذكر وقتها من الليل والنهار، وفصَّل أنواعها صحَّ، وإن أطلق فقد حكى عن النص المنع،

وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ فَقَالَ اشْتَرَيْت فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَيَعْتِقُ فِي الْحَالِ وَعَلَيْهِ الْأَلْفُ. وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ.

والمذهب: الجواز، ويلوم ما جرت العادة به، وذكرا في الكتابة: إنه لو كاتبه على خدمة شهر ودينار عن البغوي: إنه يشترط بيان العمل في الخدمة.

وقال ابن الصباغ: يكفي إطلاق الخدمة، وهو منطبق على ما جعلاه المذهب في الإجارة، ومخالف لما اقتضاه كلامهما هاهنا تبعًا للبغوي، ويبعد أنه لو قال: بعتك هذا على أن تخدمني أنت شهرًا من الآن، أو بخدمتك لي شهرًا وعينه أنه يصح.

فَرْعٌ: رأيت في «فتاوى» القفال: إذا كان في يد عبده ألف درهم اكتسبها، فقال السيد: أعتقتك على هذا الألف.

قال الشيخ يعني القفال: حكى أبو [محمد الجويني] عن أبي بكر الفارسي أنه قال فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إنه يُعْتَقُ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَبْدِ، وَالْأَلْفُ مِلْكُ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهَا كَسْبُ عَبْدِهِ.

والثاني: يُعْتَقُ وَيَتَرَاجَعَانِ بِالْقِيمَةِ كَالْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ، فإن كان الألف أكثر من قيمة العبد، فيلزم السيد أن يرد تلك الزيادة عليه، وإن كان الألف أقل فإنه يبيعه بالزيادة إلى تمام القيمة.

والثالث: يُعْتَقُ وَالْأَلْفُ مِلْكُ السَّيِّدِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِتَمَامِ قِيمَتِهِ.

قال: **(وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ فَقَالَ اشْتَرَيْت فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَيَعْتِقُ فِي الْحَالِ وَعَلَيْهِ الْأَلْفُ، وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ)** ذكر «المحرر» هذه المسألة هنا تبعًا «للتهذيب» وذكرا هنا في «الروضة» و«الشرح» في كتاب «الكتابة» تبعًا «للوجيز» وغيره.

قال الرافعي: والمذهب صحة البيع كما لو أعتقه على مال، وعن نقل الربيع أو تخريجه قول: إنه لا يصح البيع، أي: لأن السيد لا يبايع عبده، ألا ترى أنه لا يبيعه مالًا آخر، وأيضًا لأن البيع لإثبات الملك، وهو لا يملك منفعته.

....

قال: واختلفوا فيه، فمنهم من أثبته قولًا آخر، ومنهم أبو حامد والقاضي والشيخ، ومنهم من جعله من كيس الربيع، وقطع بالأول، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق وأبي هريرة، انتهى.

وصورة المسألة: إذا باعه بألف في ذمته كما هو ظاهر، وعبارة الكتاب: ورأيت في كتاب «الكشف عن أصول الفرائض» للإمام أبي الحسن بن سراقة العامري البصري من متقدمي أئمتنا.

قال المزني: قال الشافعي: ولو أقر السيد أنه باع عبده من نفسه بألف درهم فإن صدقه العبد عتق والألف عليه، وإن أنكر فهو حر، والسيد مدَّع، وعلى المنكر اليمين، وفيها قول آخر: إن البيع باطل.

قال: فأغفل المزني حينئذ نقل المسألة ولم يذكر، فمعناها ولا تكلم عليها بشيء، فأوهم من يقرأها أن بيع العبد من نفسه جائز، وعلة الترجيح بقوله: وفيها قول آخر أن البيع باطل قيل: لا يختلف، فمذهب الشافعي رحمه الله أن بيع العبد من نفسه باطل؛ لأن المال للسيد لصدق العبد من مذهبه لا يملك المال، فجميع ما في يده لسيده، فغير حلف أن يبيع ماله بما له، والمسألة متأولة، وهو أن يكون العبد قد قال لسيده: أعتقني وأعطيك ألفًا بدلًا من عتقي، فأعتقه على ذلك صار حرًّا ثم جحده العبد، فقال السيد: بعته من نفسه، وأنكر العبد البيع، وذلك يقع على وجوه كثيرة:

أحدها: أن يكون قال: بعتك بكذا إلى وقت كذا على أن تضمنها أو يضمنها فلان فتصح، كذلك إذا لم يكن لقراره ابتداء بيع واقع في الحال، وإنما هو إخبار عن تمليك نفسه متقدمًا بما سمي بيعًا، وأخذ بإقراره وأسقط دعواه إذا كذَّبه العبد، هذا قول القاضي أبي حامد، ويحتمل أن يكون السيد قال لعبده: إن ضمنت لي ألفًا تدفعها إليَّ صرت حرًّا، فقال: قد ضمنت ولا يكون ذلك لفظ بيع، ويحتمل أن يكون قصد الشافعي أحد هذه الأقسام، ولم يذكر البيع، ولكن لتوسعة في العبارة عبَّر عن ذلك بالبيع، كما عبَّر في غير موضع عن الغنيمة بالفيء وبالفيء عن الغنيمة، لما علم من مذهبه، وتوسعه في

....

اللغة وهي طبعه، فإن صحَّ أنه أراد أحد الوجوه الثلاثة وعتق العبد فولاؤه للسيد؛ لأن الولاء لا يثبت إلا لمن أعتق للحديث على قول مالك وأهل العراق: يصح بيعه من نفسه كالكتابة، وقد قدَّمنا أن الكتابة خارجة عن الأصول، وبخلاف القياس مخصوصة بالدلائل من الكتاب والسنة وإجماع الأمة، انتهى. وفي النسخة بعض سقَم.

وأطراف كلامه أن بيعه من نفسه باطل على المذهب، سواء كان بثمن في الذمة أو بمعين، وفي أثنائه ما يشعر بأن البطلان فيما إذا باعه نفسه بثمن مُعيَّن لا في الذمة، كما اقتضاه توجيهه السابق، والله أعلم.

وقال في «النهاية» في الفروع المنثورة في أواخر الكتابة: قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: ما يشكل من عقود المعاوضة ويتعلق به تردد للأصحاب فيما ذكره أن السيد لو قال لعبده: بعتك من نفسك بألف درهم، فقال: قبلت، فالمذهب الصحيح أن العقد يصح ويعتق العبد بالقبول، والألف تقع في ذمته، وخرَّج الربيع قولًا: إن ذلك لا يصح ويلغو، ولا يترتب عليه عتق ولا حكم أصلًا، فإنه عامل رقيقه بالبيع المحقق، وهذا وإن كان له وجه في القياس فهو مزيَّف مردود غير معدود من متن المذهب، وإذا فرَّعنا على الصحة فإذا ابتاع بنفسه فالمذهب تنزيله منزلة ما لو اشترى الإنسان من يعتق عليه، حتى يخرج بالكلام في أن خيار المجلس هل يثبت وهل يصح فيه شرط الخيار؟ وقد ذكرنا هذا في شراء القريب.

وحكى الشيخ أن الأصحاب صرَّحوا بعتق العبد على ما إذا اشترى الإنسان عبدًا أعتقه في زمان الخيار، وهذا ذكره ما دام في المجلس، وهو تفريع منه على أضعف الوجهين في شراء الرجل من يعتق عليه، وهو منسوب إلى الْأَوْدَنِيِّ، فإنه أثبت خيار المجلس فيه، وبالجملة فشراء العبد نفسه أقرب إلى مقصود العتاقة من شراء الرجل من يعتق عليه، انتهى.

تنبيهات وفروع: تضمن كلام المصنف ترجيح القطع بالصحة، ولم يصرِّح الرافعي ترجيحها في شيء من كتبه، وكلام الإمام يوافقها، وكذا للماوردي في

....

موضع: وإذا صححنا البيع فولاؤه للسيد، كما جزم به المصنف، كما لو أعتقه على ألف، وقيل: وربما نسب إلى ابن سريج أنه لا ولاء عليه فإنه عتق على ملك نفسه لا يجب على السيد أن يحط عنه هنا شيئًا على المذهب.

وحكى الإمام وجهًا أنه يجب الإيتاء في كل عقد عتاق فيه عوض كالكتابة.

قال البغوي والرافعي: ولو قال: بعتك نفسك بهذه العين، أو بخمر، أو خنزير فإن صححنا بينة منه، أي: بثمن صحيح في ذمته، وأثبتنا الولاء للسيد فيعتق، وعليه قيمة رقبته، كما لو أعتقه على خمر أو خنزير، وإن قلنا: لا ولاء عليه فلا يصح ولا يعتق، كما لو باعه من أجنبي بخمر أو خنزير.

زاد البغوي في «الفتاوى»: إذا باع أحد الشريكين نصيبه من العبد من نفسه هل يسري إن أثبتنا الولاء ببيعه من نفسه يسري كما لو أعتقه.

فإن قلنا: لا يثبت لا يسري كما لو باعه من غيره، سبق عن رواية القفال: إنه لو كان في يد عبده ألف درهم اكتسبها فقال: أعتقتك على هذا الألف ففيه ثلاثة أوجه، وقال الإمام متصلًا بكلامه على بيع العبد من نفسه إذا قال: لعبده إن أعطيتني ألفًا فأنت حر، فإن أديت إليَّ ألفًا فأنت حر، فإذا أحضر ألفًا، فهذا أولًا فيه غموض من جهة أنه لا يأتي بألف بقوله، إذ لا ملك للعبد، ويقع هذا فيما إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ألفًا فأتت بألف مغصوب، ولكن تفرع على العتق، ونقول بعده: ما سبيل هذه المعاوضة فكيف تنزلها؟ ذكر الشيخ ثلاثة أوجه:

أحدها: إن حكمه حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ردًّا ورجوعًا إلى القيمة، ثم يتبع الكسب.

والثاني: إنه لا يتبعه الكسب والولد ولكن يغرمه قيمته.

والثالث: إنه لا يغرم القيمة أيضًا.

قال الإمام: وفي وضع هذا الكلام اضطراب لا بد من كشفه، ونحن نقول المكسب والولد خاصة إن قيل هذا التعليق لا ينظر بلا خلاف، وإنما هذا التردد فيما حصل بعد العتق من كسب أو ولد، وكان حاصل الكلام فيه أن هذا

وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ أَعْتَقْتُكِ أَوْ أَعْتَقْتُكِ دُونَ حَمْلِكَ عَتَقَا، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ دُونَهَا.

اللفظ من السيد هل تكون كتابة فاسدة؛ أي: جعلناه كتابة فاسدة تبع ما بعده من كسب وولد؟ ومنهم من لم يجعله كتابة فاسدة، ثم هؤلاء اختلفوا فقال بعضهم: تعليق محض لا يتضمن رجوعًا بالقيمة، وقال آخرون: لا بد من ثبوت الرجوع بالقيمة، كقوله للزوجة: إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق فأعطته مغصوبًا، والقائل الأول يقول: كانت المرأة من أهل الإلزام لما خوطبت، بخلاف العبد القن، فحملت المعاملة مع العبد على التعليق المحض، انتهى.

قال البغوي والرافعي: لو قال: وهبت نفسك بنفسك، أو ملكتك نفسك فقبل عتق، وعند أبي حنيفة: يعتق بلا قبول.

قال البغوي: وإن لم يقبل في المجلس، أي: على الفور لا يعتق، قال: وإذا ذكر لفظ الهبة لا على طريق التمليك، بل قال: وهبتك نفسك ونوى به العتق فهو كناية يعتق من غير قبول فكرة بعض أصحابنا، انتهى.

وقد عبَّرنا بالتالي تخريج الصورة الأولى على أن هبة الدين للمدين تمليك أو أحاط حق؛ لأن هبة العبد من نفسه، أو تمليكه إياها ليس على حقيقة التمليك والهبات للأعيان، فإن جعلناه إسقاط حق عتق بلا قبول، كما قاله أبو حنيفة، وهو بعيد، نعم لو كان قد اشتهر استعمال ذلك العتق فيجري فيه ما سبقت الإشارة إليه من الخلاف، وينبغي أن يراجع السيد في أنه هل نوى بذلك العتق أم لا؟ فإن أكثر الناس تجهل اختلاف الحكم باختلاف القصد، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ: أَعْتَقْتُكِ أَوْ أَعْتَقْتُكِ دُونَ حَمْلِكَ عَتَقَا**) إذا أعتق أمته الحامل بمملوك له عتق الحمل أيضًا لا بطريق السراية، فإنها فِي الْأَشْقَاصِ لَا فِي الْأَشْخَاصِ، بل بطريق التبعية، كما في البيع، وأمَّا إذا أعتقها دونه فيتبعها أيضًا على الصحيح، وفيه ما سيأتي؛ لأن العتق لا يبطل الاستثناء لقوته، بخلاف البيع، ألا ترى أنه لو استثنى عضوًا في البيع بطل والعتق لا يبطل بذلك.

قال: (**وَلَوْ أَعْتَقَهُ**) يعني: الحمل.

(**عَتَقَ دُونَهَا**) أي: على الصحيح؛ لأن الأم لا تتبع الحمل، وعن الأستاذ

....

أبي إسحاق: إنها تعتق بعتقه كعكسه، والظاهر الأول، وكذا قاله الرافعي وغيره هنا، ونقلا قبيل كتاب «التدبير» عن «فتاوى» القاضي الحسين ولم يخالفاه، أنه إذا كانت جاريته حاملًا والحمل مضغة، فقال: أعتقت مضغة هذه الجارية، كان لغوًا؛ لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لا يصح، ولو قال: مضغة هذه الجارية حر فهو إقرار بأن الولد انعقد حرًّا، وتصير أم ولد، زاد في «الروضة».

قلت: ينبغي ألَّا تصير حتى يقر بوطئها؛ لأنه يحتمل أنه حر من وطء شبهة، انتهى.

أي: من أجنبي، وما قاله ظاهر، وقد تكون علقت به من زوج عبر بحريتها، وغير ذلك، وكلام القاضي هذا ينازع في إطلاق القول بأنه إذا قال: أعتقت حمل هذه الجارية أنه يعتق من غير فرق بين الحالتين.

ورأيت في «تعليق» البغوي: إذا أعتق الجارية الحامل عتق الحمل، سواء أعتق الأم عن كفارة أو تطوع ولأي معنى فيه معنيان:

أحدهما: لاتصاله بها كاليد.

والثاني: التبعية، ولو قال: أعتقتك دون الحمل تعتق على ظاهر المذهب، كما لو قال: أعتقتك إلا يدك، أو أعتقت يدك دون سائر بدنك، ومنهم من قال: إن قلت: المعنى التبعية، لا يعتق الحمل كما أن الطلع يتبع الشجرة في البيع، فإن استثناه لم يتبع، وهذا لا يصح، انتهى.

وقال ابن الرفعة في آخر فصل السراية: من شخص فلا شك فيها أيضًا؛ وذلك بأن تعتق الأمة الحامل برقيق له فإن الولد يعتق، لكن اختلف الأصحاب في كيفية عتقه، فمنهم من جعله على جهة السراية؛ لأنه جزء من أجزائها، ومنهم من قال: إنما عتق على وجه التبع، وعليهما يخرج ما لو قال: أعتقت الحمل، فعلى الأول: تعتق الأم أيضًا، وعلى الثاني: لا وهو المذهب، وعلى الخلاف يخرج كما قال القاضي الحسين: ما إذا قال أعتقت الجارية دون حملها، فعلى الأول: يعتقان، وبه جزم المتولي في كتاب «الظهار» وعلى الثاني: تعتق الأم

وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَالْحَمْلُ لِآخَرَ لَمْ يَعْتِقْ أَحَدُهُمَا بِعِتْقِ الْآخَرِ.

خاصة ولو كانت الجارية لشخص، والحمل لآخر لم يسر العتق من الولد إلى الأم بلا خلاف، وكذا لا يسري من الأم إلى الولد على الصحيح.

قال القاضي الحسين: ومن أصحابنا من قال: يعتق الولد، ويجب على معتق الأم قيمته وقت انفصاله، واعلم أن محل نفوذ العتق في الحمل، إذا أورده عليه خاصة إذا نُفخت فيه الروح، أمَّا إذا لم تُنفخ فيه، قال القاضي الحسين في «فتاويه»: لم يعتق، انتهى.

والمتبادر من إطلاق غيره عدم الفرق، وأنه متى علم أنها كانت حاملًا وقت تلفظه بالعتق بأن وضعته لدون ستة أشهر من تلفظه بعتقه أنه يعتق.

قال القفال في «الفتاوى»: إذا قال لجاريته: ما في بطنك حر، فأتت بولد لأقل من ستة أشهر، فإنه يعتق، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر نظر: إن كان لها زوج لم يعتق، وإن لم يكن زوج لم يعتق، وإن لم يكن زوج فعلى وجهين.

فائدتان:

الأولى: قياس المذهب أن موضع عتقهما جميعًا في صورتي الكتاب الأوليين، وما أشبههما إذا وقع ذلك في صحته، أو كان في مرض موته، والثلث تحملهما، أمَّا لو لم يحتمل إلا الأم فقط فالظاهر نظرًا لا نقلًا أنها تعتق دونه إذا لم يحتمل الثلث غيرها، كما لو قال في مرض موته: أعتقت سالمًا وغانمًا، ولا يظهر فرق بين أن يرتب هو العتق أو يرتبه الشرع على سبيل التبعية في أنه لا يعتق في هذه الحالة إلا الأول فقط.

الثانية: إذا عتق من وضعت أحد التوأمين والآخر مُجْتَنّ حالة العتق فهل يتعدى العتق إلى من وضعته قبل الظاهر؟ لا ويعتد أن المُجْتَنّ لا يتبعها في العتق، وسبق في البيوع حكاية خلاف أن الشراء لا يتعدى إلى التوأم المجتن، بل يبقى للبائع تبعًا للمنفصل، وحكى عن النص، وقد يقال به هنا فيما إذا أعتقها دون حملها ولا ظهور له.

قال: **(وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَالحَمْلُ لِآخَرَ لَمْ يَعْتِقْ أَحَدُهُمَا بِعِتْقِ الْآخَرِ)** لأنه

وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيبَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا بَقِيَ الْبَاقِي لِشَرِيكِهِ، وَإِلَّا سَرَى إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى مَا أَيْسَرَ بِهِ ....

لا استتباع مع اختلاف المالكين، وسبق نقل وجه عن رواية القاضي الحسين أنه يعتق الولد، ويجب على معتق الأم قيمته وقت انفصاله، ولا يسري العتق من الولد إليها بلا خلاف.

قال: (**وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيبَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ**) أي: للخبر الآتي؛ ولأنه مطلق التصرف فيه (**فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا**) أي: حالة العتق.

(**بَقِيَ الْبَاقِي لِشَرِيكِهِ، وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن معسرًا.

(**سَرَى إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى مَا أَيْسَرَ بِهِ**) أي: من قيمة نصيب شريكه، فإن أيسر بقيمة جميع نصيب الشريك سرى إليه قطعًا على ما سنوضحه، وإن أيسر ببعضه فكذلك على الصحيح، والأصل في المسألة قوله ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قُوِّمَ الْعَبْدُ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، وَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ، وَعُتِقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**» أخرجاه في «الصحيحين» من رواية ابن عمر رضي الله عنه، وفي رواية للبخاري: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُوِّمَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُعْتَقُ**» ولمسلم: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ قُوِّمَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ قِيمَةَ عَدْلٍ لَا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ ثُمَّ عَتَقَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا**»[(١)].

تنبيهات:

منها: قوله: فإن كان معسرًا، قد يندرج فيه ما إذا أوصى بعتق حصته أو دبرها؛ لأن التركة تصير للورثة بموته، نعم لو أوصى بعتق حصَّته، ويكمل من ثلثه صار كالمستثنى من مال الورثة، فيصير موسرًا به، كذا قاله الروياني،

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٢، رقم ١٤٦٢)، وعبد الرزاق (٩/ ١٥٠، رقم ١٦٧١٢)، وأحمد (١/ ٥٦، رقم ٣٩٧)، والبخاري (٢/ ٨٨٥، رقم ٢٣٦٩)، ومسلم (٢/ ١١٣٩، رقم ١٥٠١)، وأبو داود (٤/ ٢٤، رقم ٣٩٤٠)، والترمذي (٣/ ٦٢٩، رقم ١٣٤٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣١٩، رقم ٤٦٩٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤، رقم ٢٥٢٨) والشافعي (١/ ١٩٤)، وأبو يعلى (١٠/ ١٧٦، رقم ٥٨٠٢).

....

ونقلا عن القاضي أبي الطيب أنه قال: عندي إنه إذا أوصى بالتكميل فإنما يكمل باختيار الشريك؛ لأن التقويم إذا لم يكن مستحقًا لا يصير مستحقًا باختيار العتق.

قلت: وهذا الوجه، وإن كان الرافعي قال: إن الأكثرين أطلقوا الكلام إطلاقًا، ووجهه الروياني بأنه متمكن من التصرف في الثلث، فإذا أوصى بالتكميل، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث، فكان موسرًا به، انتهى.

ولا يخفى عليك ضعف هذا التوجه، وذكر الإمام والغزالي أن صورة الوصية بالتكميل أن يقول اشتروا نصيب الشريك فاعتقوه، فأمَّا إذا قال أعتقوه إعتاقًا ساريًا فلا خير في هذه الوصية؛ لأنه لا سراية بعد الموت، وإن أعتقنا نصيبه؛ فالذي أتى به وصية بمحال.

قال الرافعي: ولك أن تقول: إذا قال: اشتروا نصيبه فاعتقوه فهذا يتوقف على اختيار البائع لا محالة، فيعود الأمر إلى ما ذكره القاضي أبو الطيب، فإن كان لا يتوقف الأمر على اختياره فلا يبعد أن يقال: إنه كان متمكنًا من إعتاق نصيبه، والتوسل إلى عتق نصيب الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه أيضًا إذا كان يخرج من الثلث من غير اختيار للشريك، فتنفذ وصيته بما كان يتمكن منه بنفسه.

قال الزنجاني: وهذا ينادى من وراء ستر رقيق، بلى أنا أذكر ما ذكره الروياني.

وقال ابن الصلاح بعد ذكره ما ذكره الإمام: وكان المراد بالسراية أنه لا سبيل إلى أن يعتق عنه نصيب شريكه بعد موته إلا أن يوصي بالشراء والإعتاق.

وقال الروياني في «المعتبر» بعد قول الجويني: وإن وصى بعتق نصيبه بعد موته وأعتق عنه فلا تسرية، إلا أن يوصي بالتسرية، معناه: إنه يوصي فيقول: اعتقوا نصيبي واشتروا الباقي واعتقوا الجميع عني، وليس المراد بأنه يوصي بإعتاق نصيبه عتقًا ساريًا، فالسراية على الميت محال، وما ذكره هو قضية ما

....

في «تعليق» البغوي و«تهذيبه» و«الكافي» وما سبق عن الروياني أخذه من قول ابن الصباغ، فإن أوصى بعتق نصيبه وقال: كملوه، فإن خرج ذلك من الثلث كمل؛ لأن له التصرف في ثلثه، فإن لم يخرج كمل منه ما خرج من ثلثه.

قال القاضي أبو الطيب في «المحرر»: وعندي أنه إنما تقوم حصة شريكه إذا أوصى بذلك إذا أوصى شريكه به، ولا يلزمه ذلك.

قال ابن الصباغ: وأصحابنا أطلقوا ذلك، وما قالوه له وجه صحيح؛ لأن التقويم لا يجب؛ لأن العتق وقع حال زوال ملك الميت عن المال، فجرى مجرى المعتبر، فإذا أوصى بتكميله كان قيمة النصف باقية على حكم ملكه، فصار بمنزلة الموسر إذا أعتق، انتهى.

وقال الماوردي: إذا أوصى بعتق نصيبه بعد موته بِعِتْقِ نَصِيبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَبِعِتْقِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ.

قَالَ أَبُو حَامِدٍ الْإِسْفِرَايِينِيُّ: تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ بِعِتْقِهَا إِذَا احْتَمَلَهَا الثُّلُثُ؛ لِأَنَّهُ بِالْوَصِيَّةِ مُسْتَثْنًى لَهُمَا مِنْ مَالِهِ، فَصَارَ مُوسِرًا بِهِمَا كَالْحُرِّ، فَصَارَ عِتْقُ نَصِيبِهِ مُبَاشَرَةً، وَعِتْقُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ سِرَايَةً، وَهَذَا عِنْدِي لَيْسَ بِصَحِيحٍ، بَلْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ، وَلَا تَسْرِي إِلَى نَصِيبِ شَرِيكَيْهِ لِأَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إِنَّهُ مُوصٍ بِعِتْقِ مِلْكِ غَيْرِهِ، فَلَمْ يَلْزَمْ غَيْرَهُ.

وَالثَّانِي: إِنَّ عِتْقَ السِّرَايَةِ مَا سَرَى بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ وَلَا وَصِيَّةٍ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي عِتْقِ الْحَيِّ، وَمَعْدُومٌ فِي عِتْقِ الْمَيِّتِ، وَلَكِنْ لَوْ كَانَ الْمُوصِي يَمْلِكُ جَمِيعَ الْعَبْدِ، فَوَصَّى بِعِتْقِ بَعْضِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مِنَ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي الْحَيِّ إِذَا أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ، هَلْ يُنَفَّذُ الْعِتْقُ فِي جَمِيعِهِ مُبَاشَرَةً أَوْ سِرَايَةً؟ إلى آخره، وهذا نحو مما اقتضاه كلام القاضي أبي الطيب والمراوزة وهو الفقه الواضح.

ومنها: موضع السراية وفاقًا ما إذا لم يتعلق محل السراية حق لازم، فلو لم يملك إلا عبدًا فرهن نصفه ثم أعتق النصف الآخر فلا سراية إلى نصف المرهون على الأصح، وإن كان موسرًا به أو بحصة الشريك سرى وقوم عليه

....

على الأصح، وكذا لو كان مدبرًا على الأظهر، وإن كاتباه ثم أعتقه أحدهما سرى العتق على الصحيح أو المشهور، لكن لا يقوم ولا يسري في الحال بل بعد العجز عن أداء نصيب الشريك على الأصح، ولو استولد الأمة أحدهما وهو معتبر استولدها الثاني، ثم أعتقها أحدهما، ففي السراية الوجهان.

ومقتضى كلام القاضي الحسين في كتاب «الشفعة»: إنه لا يسري في الولد من الجانبين مطلقًا، وبناه على أن ما لا يستحق بالشفعة لا شفعة فيه، ولا معنى ذلك، ولا سريان قطعًا إلى الحصة الموقوفة قطعًا، وإن سريناه إلى المستولدة على وجهٍ؛ لأنها قابلة للعتق المنجز بخلاف الموقوفة على الأصح.

ومنها: قضية إطلاق المصنف وخلائق: إنه لا فرق في الحكم بالتسرية بين كون الشريك المعتق لنصيبه من العبد المسلم مسلمًا أو كافرًا، وفيما إذا كان المعتق لنصيبه كافرًا طريقان مشهوران:

أصحهما: عند الشيخ أبي حامد وأتباعه والبغوي وغيره: القطع بالتسرية كالمسلم؛ لأنه مجبر على التقويم، وليس هو باختياره.

والطريق الثاني: فيه وجهان أو قولان كبيعه، قالها الفوراني وجماعة، وهي ضعيفة على قولنا: تحصل السراية بالإعتاق، ومتماسكة على قولنا: يتوقف العتق على أداء القيمة، كما أشار إليه الإمام.

وفي «تعليق» البغوي إن قلنا: السراية بنفس اللفظ يسري، وإن قلنا: بأداء القيمة ومنعنا شراءه العبد المسلم فهل يسري؟ وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأنه مقوم عليه شرعًا، كما لو ورث الكافر العبد المسلم.

ومنها: ليس المراد باليسار هذا أن يُعَدّ غنيًّا، بل إذا كان له مال يفي بقيمة الشقص أو بعضه على الصحيح قوم عليه أيضًا، والضابط أنه يصرف في ذلك كل ما يباع في الدين حتى مسكنه وخادمه، فضلًا عن قوته وقوت من تلزمه نفقته يومه ودست ثوب يلبسه، وسكنى يومٍ، هكذا أورداه هاهنا.

وذكرت في «التفليس» أشياء تبقى للمفلس أيضًا غير ما ذكراه هنا، وقضية

وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ، ....

«التنبيه»: إن كل ما يبقى هناك يبقى هاهنا، ولا يعد معه موسرًا وعبارة الجرجاني والروياني في «الحلية»: فاضلًا عن قوته وقوت عياله يومه وليلته، ونقله في «التجربة» عن نص «الأم» وكذا قاله البغوي في المفلس، ثم الاعتبار في اليسار بحالة الإعتاق، فإن كان معسرًا ثم أيسر فلا تقويم، وللمريض في الثلث كالصحيح في كمل ماله، وفيما زاد على الثلث معسر.

ومنها: ما جزم به المصنف من أنه إذا أيسر بعض نصيب شريكه أنه يسري إلى القدر الذي أيسر به هو الصحيح، ونص «الأم»؛ لأنه يقربه من الحرية والاستقلال، والثاني: المنع؛ لأن تقويم البعض لا يفسد به الاستقلال وثبوت أحكام الأحرار، وهذا ظاهر قوله في اختلاف الحديث من «الأم» فمن أعتق شركًا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قُوم عليه قيمة العدل، وإن لم يكن له ما تبلغ قيمته عتق عليه ما ملك ورق مما بقي لأصحابه، انتهى لفظه، وهو لفظ الحديث.

قال: **(وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ)** أي: حالة الإعتاق على الأقوال كلها عن المزني والعراقيين والقاضي الحسين، وفي «تعليق» البغوي إنه لا خلاف فيه؛ لأن وقت الإعتاق وقت الإتلاف أو وقت سببه.

وقال بعض المراوزة: إن قلنا يُقَوَّم في الحال فالحكم كذلك، وإن قلنا بالتأخير إلى الأداء فثلاثة أوجه: أحدها: هذا، وثانيها: بمحاولة الأداء، وثالثها: يعبر أكثر الأمرين، ونسبه الإمام إلى بعض المصنفين، وقال: إنه الصواب، وزيف الثاني، والمذهب الطريق الأول.

وعبارة «أصل الروضة»: إن قلنا تحصل السراية باللفظ أو قلنا بالتبين اعتبرت قيمة يوم الإعتاق.

وإن قلنا بالأداء فهل يعتبر يوم الإعتاق أم الأداء أم أكثر القيم من يوم الإعتاق إلى الأداء؟ فيه أوجه الصحيح عند الجمهور الأول، ورجح الإمام والغزالي الثاني، انتهى.

....

قال ابن الرفعة: وسلك الماوردي طريقًا آخر فقال: الاعتبار بقيمته حين الإعتاق على الأقوال كلها إن كانت أزيد قيمة من حين العتق إلى حين بذل القيمة، وإن كان أنقص وقلنا السراية باللفظ، أو بقول التوقف؛ فالاعتبار بقيمة وقت العتق، وإن أوقفنا السراية على الأداء فوجهان: أحدهما: الاعتبار بوقت العتق؛ لأنه السبب، والثاني: بحال أداء القيمة كالغاصب.

قال ابن الرفعة: ثم الحصة التي يسري إليها العتق يُقَوم قبل العتق حتى لو كان قيمة نصفه قبل العتق مائة، ووقت العتق تساوي تسعين، وكان النقص بسبب بالعتق يلزمه المائة، قاله في شرح «الفروع» و«البحر» في كتاب «الغصب» والماوردي هنا ووجهه أن الْعِتْقَ مُوكِس لقيمته، وهذا الوكس بعتقه جار مجرى جنايته، انتهى وفيه وقفة للمتأمل.

ولا أحسب أحدًا يقول: إنه لو كان العتق معسرًا أنه يلزمه في ذمته ما نقص بالعتق من قيمة حصة شريكه.

فروع: اختلفا في قيمته، فإن كان حاضرًا والعبد قريب راجعنا المقومين، وإن مات أو غاب أو تقادم العهد فأيهما يصدق بيمينه؟ فيه قولان: أظهرهما: المعتق؛ لأنه غارم كالغاصب، قال الماوردي: وإن كان العتيق باقيًا بحاله لم يتعين، ورجعنا إلى قول مقومين عدلين، فإن شهدا بما ذكره أحدهما اتبع بلا يمين أو بأزيد مما ادَّعاه الشريك استحق ما ادَّعاه فقط، أو بأقل مما ذكره المعتق لم ينقض عنه، وإن شهدا برتبه بين ما ادعياه عمل على شهادتهما، انتهى.

ولو اختلفا في صفة قيمته كالخياطة واتفقا على قيمته لو لم يعرف تلك الصنعة، فإن كان حاضرًا وعملها ولم يمض بعد الإعتاق ما يسع تعلمها صدق الشريك، فإن مضى ما يسع التعلم أو مات أو غاب صُدِّق المعتق، وقيل: فيه القولان، ولا عبرة بقول العبد في علمه وضده، بل يجرب لو اختلفا في عيب منقص، فإن ادَّعاه ككمهٍ أو خَرسٍ، وقد غاب العبد أو مات صدق المعتق بيمينه قطعًا، وقيل في المصدق قولان، وخصَّ البغوي طريقة القطع بما إذا ادَّعى النقيصة في الأعضاء الظاهرة، أمَّا لو ادَّعاه في الباطنة فقولان كالصورة

....

بعدها؛ لتمكن الشريك من إقامة البينة على سلامة العضو الظاهر، وإن ادَّعى حدوث عيب قبل العتق كعمى أو سرقة فالمصدق والشريك على الأظهر؛ إذ الأصل بقاء السلام، وخصَّ بعضهم القولين بما يشاهد ويطلع عليه، وقطع في غيره بتصديق الشريك لعسر إثباته ببينة.

فائدة: من شروط السراية أن يوجه الإعتاق إلى ملكه؛ ليعتق نصيبه أولًا ثم يسري، وذلك بأن يقول: أعتقت نصيبي من هذا العبد أو النصف الذي أملكه أو هذا العبد، فلو قال: أعتقت نصيب شريكي أو نصيب شريكي منه حر على وجه الإنشاء كان لغوًا، ولا يعتق شيء من العبد، وإن أطلق وقال: إن يملك نصفه أعتقت نصفك فهل يحمل على ما يملكه أم على الإشاعة؟ فيه وجهان أرسلاهما.

وفي «الترغيب»: إن الظاهر الثاني، وعلى التقديرين يعتق جميعه إذا كان موسرًا.

قال الإمام: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق أو إعتاق، بأن يقول: إن أعتقت نصيبي من هذا العبد فامرأتي طالق، وظاهر كلامه أن قائل ذلك هو المعتق.

وعبارة إبراهيم المروزي: وفائدة الخلاف لو كان شريكه علق طلاقًا أو عتقًا بمباشرته العتق في نصيبه.

قال ابن الرفعة: وقد يظهر له فائدة هاهنا وهي أن شريكه لو وكله في عتق نصيبه، فإن قلنا بالشيوع عتق جميعه عليهما، وإن قلنا يقع على نصيبه لم يقع حصة الشريك.

وحكى في «الشامل» في هذه الصورة وجهين: أحدهما: إنه يتناول نصيب شريكه فقط، وثانيهما: يعتق نصيب نفسه فقط، زاد في «الروضة»: ولعله أصح، وإن قال: أردت نصيبي قوم عليه باقيه، أو نصيب شريكي قوم على الشريك نصيبه.

وَتَقَعُ السِّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ، ....

قلت: فلو نازعه وقال: إنما أردت نصيبك فالظاهر تصديق الوكيل؛ لأنه أعرف بقصده.

وفي «فتاوى» البغوي: إنه لو كان عبد بين شريكين موسر ومعسر فوكَّل رجلًا بإعتاقه فأعتق الوكيل، ثم قال أعتقت من جهة الموسر دون المعسر وكذبه الموسر وصدقه المعسر لا يقبل قول الوكيل وللمعسر تحليف الوكيل، والله أعلم.

واعلم أن جماعة أجروا الوجهين في الإشاعة وعدمها في البيع والإقرار، وصحح البغوي الإشاعة فيهما.

وقال أبو حنيفة: يحمل في البيع على ما يملكه؛ لأن الظاهر أنه لا يبيع إلا ما لا يملكه، وفي الإقرار على الإشاعة؛ لأنه اختار واستحسنه الغزالي.

وقال الإمام في «البسيط»: إنه منقدح فليكن، وفي «الوسيط»: فليجعل وجهًا في مذهبنا، وزاد في «الروضة»: إنه الراجح، وفيه نظر، والظاهر جريان الوجهين في الإجارة والوقف والهبة والوصية ونحوها، ولم أره نصًا، والتنزيل على نصيبه في الوصية ونحوه من القرب ظاهر من حيث المعنى لا اللفظ.

قال: **(وَتَقَعُ السِّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ)** نصَّ عليه في اختلاف الحديث واختلاف العراقيين وكتاب «الوصايا» واختاره المزني، وصححه الجمهور لما في «صحيح» البخاري من رواية ابن عمر: «**مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ أَوْ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مِنَ الْمَالِ مَا يَبْلُغُ قِيمَتَهُ فَهُوَ عَتِيقٌ**»[1].

وفي النسائي وصحيح ابن حبان من رواية ابن عمر رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ فِيهِ شُرَكَاءُ وَلَهُ وَفَاءٌ فَهُوَ حُرٌّ وَيَضْمَنُ نَصِيبَ شُرَكَائِهِ**».

وروى مسلم وأبو داود: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ عَتَقَ مَا بَقِيَ فِي مَالِهِ**»[2] ولأن يساره بقيمة باقيه أقيم مقام يكون باقيه له في اقتضاء الشراء به،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٢٤).

(٢) أخرجه مسلم (٤٤٢٠).

وَفِي قَوْلٍ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ، وَقَوْلٍ إِنْ دَفَعَهَا بَانَ أَنَّهَا بِالْإِعْتَاقِ، ....

فيحصل بنفس اللفظ كصفة بعض عبيده، فعلى هذا القول يصير حكمه في الحال حكم الأحرار في شهادته، وجميع الأمور من الحدود والميراث والجنايات، وإن لم تؤد القيمة.

قلت: وفي الحدود وقفة لشبهة الخلاف وفي تنجز الحرية قبل الأداء، وإن أخرنا الحرية إلى الأداء فله حكم الأداء حتى يؤدي وإن توقفنا في هذه الأحكام.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ)** لأن التقويم لإزالة الضرر عن العبد والشريك، وفي إزالة ملكه قبل حصول عوضه إضرارًا به، فإنه قد يفوت بهرب وغيره والضرر لا يزال بالضرر، ولذلك قلنا: يتوقف الملك بالشفعة على تسليم العوض، وهذا القول يحكى عن القديم وغيره، وفي روايات الحديث في المسألة ما يُعضده، ولم أر له مرجحًا.

قال: **(وَقَوْلٍ إِنْ دَفَعَهَا)** أي: القيمة.

(بَانَ أَنَّهَا) أي: الحرية حصلت.

(بِالْإِعْتَاقِ)؛ لأن الحكم بالعتق يضر بالسيد والتأخير إلى أداء القيمة يضر بالعبد، والتوقف أقرب إلى العدل ورعاية الجانبين، قال الأكثرون: وهو ما نص عليه في «البويطي» و«حرملة».

وقال الماوردي: إنه الأشبه، وقيل: إنه مخرج، فعلى هذا جميع الأحكام موقوفة، ولو مات العبد قبل أداء القيمة لزم المعتق الأداء قطعًا، لكن إن قلنا السراية حصلت بالإعتاق مات حرًّا موروثًا منه، وإن قلنا بالتبين وقف إلى أداء القيمة، فإذا أديت بان أن الأمر كذلك، ولو مات المعتق قبل أداء القيمة أخذت من تركته على جميع الأقوال، وإن أعسر بعد الإعتاق ومات معسرًا فعلى الأول الأظهر: القيمة في ذمته، وعلى القولين الآخرين لا يعتق نصيب الشريك، ولو أعسر بعد يساره وقف العتق على قول الوقف إلى أن يوسر، فإن أيسر ودفع القيمة تبينًّا نفوذ العتق، وكانت الإكساب في زمن الوقف للعبد، وإن مات معسرًا تبينًّا بقاءه رقيقًا، وشملت الإكساب الشريك الذي لم يعتق، قاله الماوردي.

وَاسْتِيلَادُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرِ يَسْرِي، ....

وحكى في موضع آخر من الكتاب: إنه إذا أعسر بعد العتق كان الشريك رفعه إلى الحاكم وطلب القيمة أو فسخ الوقف في حصته، وتكشف الحاكم عن حاله، فإن ظهر أنه معسر حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أعسر الزوج، وكان للشريك التصرف بما شاء من بيع وغيره، انتهى.

وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي أنه إذا أعسر بعد يساره حالة العتق انطلق الحجر عن الشريك في حصته، فلو أيسر بعد ذلك فلا أثر له لانقطاع الطلبة فينحلل إعساره، فلا يعود حق المعتق بعود المال، واستصوب الإمام انطلاق الحجر بِطَرَيَانِ الإعسار مع إبداء احتمال فيه.

قلت: وسيأتي روايته عن النص، وأشار إلى احتمال آخر وجعله أظهر، وهو عود الحق بعود اليسار، قال: لأن علقة العتاقة ثبتت أولًا، فلئن طرأ عسر فقد زال، والعلم عند الله تعالى، هذا لفظه.

وقال في «الروضة»: إذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هرب، قال الشيخ أبو علي الصيدلاني والروياني: يبقى نصيب الشريك رقيقًا ويرتفع الحجر عنه؛ إذ لا وجه لتعطيل ملكه بلا بدل، وفيه احتمال للإمام، وجعله الغزالي وجهًا فقال: والصحيح أن إعسار المعتق يرفع الحجر، ولو عاد اليسار.

قال الشيخ أبو علي: لا يعود التقويم، وفيه احتمال للإمام، وسكتا عن ترجيح الإمام له، وهو راجح.

وفي «تجربة» الروياني تفريعًا على توقف العتق على أداء القيمة ما لفظه: فلو هرب المعتق أو أفلس فأراد الشريك أن يتصرف في نصيبه بالبيع أو الهبة أو العتق نص الشافعي أنه لا ينفذ؛ لأن الشريك المعتق استحق العتق عليه، وثبوت الولاء بأداء القيمة، فلا يجوز إبطاله عليه، وغلط من قال بخلافه، انتهى.

والصحيح في «مختصر» الجويني و«خلاصة» الغزالي نفوذ عتقه لنصيبه لبقاء ملكه.

قال: (**وَاسْتِيلَادُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرِ يَسْرِي**) أي: كالعتق.

وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ، وَتَجْرِي الْأَقْوَالُ فِي وَقْتِ حُصُولِ السِّرَايَةِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لَا تَجِبُ قِيمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْوَلَدِ، ....

(وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ) أي: على جميع الأقوال.

قال: **(وَتَجْرِي الْأَقْوَالُ فِي وَقْتِ حُصُولِ السِّرَايَةِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لَا تَجِبُ قِيمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْوَلَدِ)**.

قلت: هذا ما أورده في «التهذيب» وتبعه في «المحرر» ولا شك أنَّا إذا قلنا: إنما يحصل الملك بأداء القيمة إنه يجب قسط نصيبه من قيمة الولد، وأمَّا إذا قلنا يحصل الملك بالعلوق وقلنا بالتبيُّن، فقد حكى الإمام خلافًا للأصحاب في أنه يثبت بعد العلوق أو قبله، إن قلنا: بعده وجب نصف قيمة الولد أيضًا، وقضية ما في «الوسيط» ترجيحه، وإن قلنا: قبله لم يجب وهو ما في «التهذيب» وربَّما يظهر مما سلف في كفارة الظهار في الكلام على قوله: أعتق عبدك عني على كذا إن ما اقتضاه كلام «الوسيط» هو الراجح.

إشارات: وقع في نسخ كتاب الرافعي على كثرتها تحريف من ناقل، وتبعها في «الروضة» فقال: وإن قلنا يحصل بالعلوق، أو قلنا بالتبيُّن فهل يثبت بعد العتق أو قبله؟ وجهان، والصواب أن يقال: فهل يثبت بعد العلوق؟ وهو كذلك في «الشرح الصغير» و«النهاية» وغيرها، وأمَّا قوله بعد العتق فزلة قلم هل بين العتق والاستيلاد ترتيب؟ قيل: لا بل هما سواء، وقيل: العتق باللفظ أولى بالسراية، وقيل: الاستيلاد، وبه قال الأكثرون، فعلى هذا لم أره نصًا لا فرق بين كون المستولد مطلق التصرف في ماله أو محجورًا عليه بسفه أو جنون؛ لأنه كالإتلاف بخلاف [إعتاقهما باللفظ، فإنه لغو، علم أنهما والإمام وغيرهم عبروا هنا بنصف القيمة في الأمة والولد، وسبق في الكلام في نظير الصداق أن الصواب التعبير بقيمة النصف لا بنصف القيمة على نزاع فيه واضطراب أوضحناه أتم إيضاح سبق مرات أن الموطوءة لو كانت بكرًا هل يفرد البكارة بأرش أم لا؟ وعلى الأول هل يجب مهر بكر وأرش البكارة أم مهر ثيب والأرش، وبينا ما وقع فيه من اختلاف الأصح لو كان الشريك المستولد كافرًا فهل يجيء في الحكم بالسريان عليه باستيلاده ما سبق من

وَلَا يَسْرِي تَدْبِيرٌ، وَلَا يَمْنَعُ السِّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فِي الْأَظْهَرِ.

الخلاف فيما لو أعتق نصيبه أم يقطع بالتسرية هنا أيضًا.

فَرْعٌ: لو كان المستولد معسرًا ثبت الاستيلاد في نصيبه، ويبقى نصيب الشريك قنًا، وهل يكون الولد حرًّا أم تتبعض حريته؟ فيه وجهان أو قولان ذكر في السريان أصحهما الأول، ويكون عليه حصة الشريك من الولد، هكذا أطلقاه من غير بناء على شيء.

قال: (**وَلَا يَسْرِي تَدْبِيرٌ**) أي: على المشهور، وقيل: الصحيح؛ لأنه لا يمنع البيع لا يقتضي السراية كما لو علق عتق نصيبه نصفه، وأيضًا فالتدبير، أما وصية للعبد بالعتق، أو تعليق عتق نصفه، وكل واحد منهما بعيد عن السراية، وعلى هذا لو مات المدبر وعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب الشريك أيضًا؛ لأن الميت معسر] بخلاف ما لو علق عتق حصة بصفة ووجدت بالصفة وهو موسر يعتق نصيبه ويسري، والثاني يسري التدبير، ويقوم عليه نصيب الشريك؛ لأن التدبير يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاستيلاد، ومن نص المذهب المنصوص.

قال: الاستيلاد كالإتلاف؛ لأنه يمنع البيع، ولا سبيل إلى رفعه بخلاف التدبير، وإذا دبر بعض عبده الخاص صح ولا سراية على ظاهر المذهب، ومن سرى إلى نصيب الشريك فالسراية عنده هنا أولى.

قال: (**وَلَا يَمْنَعُ السِّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فِي الْأَظْهَرِ**).

قلت: ويقال: الأصح، وبنوهما على أن الدين هل يمنع الزكاة؟ والأظهر: لا أيضًا؛ لأنه مالك لما في يده نافذ التصرف فيه، ولهذا لو اشترى به عبدًا نفذ، والثاني: يمنع التسرية؛ لأنه غير موسر، فعلى الأظهر يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة لجميع نصيبه فذاك، وإلا اقتصر على حصته، ويعتق جميع العبد إن حكمنا بالسراية بنفس الإعتاق.

قال في «الروضة» تبعًا لنسخ سقيمة بالشرح: وإن قلنا لا يحصل بنفس

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ: أَعْتَقْت نَصِيبَك فَعَلَيْك قِيمَةُ نَصِيبِي فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ فَلَا يُعْتِقُ نَصِيبُهُ، ....

الإعتاق ضارب الشريك بقيمة باقية إلى أن يعتق الجميع، وتبعه من «شرح المنهاج» وهو كلام لا يهتدى إليه، والصواب ما في النسخ المعتمدة بالشرح، وإن قلنا: لا يحصل بنفس الإعتاق فيعتق من نصيبه بقدر حصته، أي: التي حصلت له من المضاربة، ويبقى الثاني رقيقًا، فإن حدث بعد ذلك مال لم يقوم عليه، لكن لو ظهر مال كان يملكه يوم الإعتاق ضارب الشريك بقيمة الباقي إلى أن يعتق الجميع، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ: أَعْتَقْت نَصِيبَك فَعَلَيْك قِيمَةُ نَصِيبِي فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ فَلَا يَعْتِقُ نَصِيبُهُ**) أي: لأن الأصل عدم عتقه، فإن نكل وحلف المدَّعي يمين الرد استحق قيمة نصيبه بيمينه، وقيل: يعتق بهذا اليمين نصيب المدَّعى عليه، وزيف، قالا: تبعًا للإمام؛ لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان أنه أعتق عبده، وإنما هذه وظيفة العبد، لكن لو شهد آخر مع هذا المدَّعي ثبت العتق بشهادة الحسبة.

قلت: هنا كلامان:

الأول: قوله: لا معنى للدعوى، فيه نظر، ودعوى الحسبة في حقوق الله تعالى غير الحدود مسموعة كالشهادة بها، وقوله: وإنما هذه وظيفة العبد، قد يجاب عنه بأنه قد يكون طفلًا أو مجنونًا أو أبكم لا يفهم، وقول الإمام: إن الدعوى على الإنسان بإعتاق ملكه مردودة لا تسمع ولا معنى لها لا أحسبه من محال الوفاق.

الثاني: قبول شهادة المدَّعي حسبة إن كانت بعد الدعوى فممنوع قطعًا، وإن كانت قبلها، والظاهر أنه مراد الإمام فمحتمل.

وقال الدارمي: إن قال لشريكه: أعتقت نصيبك، فإن كان المدَّعى عليه معسرًا فلا خصومة بينهما، فإن كان معه قبلا عليه، وإن كان موسرًا فأقام بينة قومت حصته عليه، وصرَّح من بعد: إنه إذا كان موسرًا لا تقبل شهادة

وَيُعْتِقُ نَصِيبُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا يَسْرِي بِالْإِعْتَاقِ، وَلَا يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ الْمُنْكِرِ،

الشريك، ولا شك فيه، وقد قال الإمام بعد هذا الموضع وتبعه الشيخان وغيرهما: إذا شهد اثنان من الشركاء على الثالث بأنه أعتق نصيبه وكانا موسرين؛ فالمذهب رد شهادتهما، والتفريع على تعجيل السراية؛ لأن موجبها أن يغرم الشريك لهما قيمة نصيبهما، وهما مثبتان لأنفسهما استحقاقًا.

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا بعيدًا: إن عتق الثالث يثبت في نصيبه، ولكنَّا لا نلزمه قيمة نصيب الشاهدين فتقبل الشهادة في العتق، ونردها في مكان التهمة، وهذا ليس بشيء إذا كان وضعها اقتضاء التهمة، فينبغي أن ترد، ثم إن رددنا شهادتهما على ظاهر المذهب فالعتق نافذ في نصيبهما مؤاخذة بالإقرار، وإن قلنا العتق لا تتعجل سرايته قبل غرامة القيمة، فحينئذ لا يعتق نصيبهما، ولكن المذهب الظاهر أنه يمتنع عليهما التصرف في نصيبهما بموجب إقرارهما. هذا لفظ «النهاية».

وما جعله ظاهر المذهب لم يذكر كثيرون سواه، وقال الرافعي: إنه الأظهر، وبه أجاب ابن الحداد، انتهى.

وقضية إطلاقهم أنه لا فرق في الحكم ببطلان شهادتهما بين أن يؤدياها حسبة قبل الدعوى، فإن صحّ هذا كان ما أجاب به الإمام ومن تبعه في شهادة أحد الشريكين جوابًا منهم على الوجه المزيف القائل بقبولها بالنسبة إلى الحكم بالعتق دون الغرم فتأمله.

قال: (**وَيَعْتِقُ نَصِيبُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا يَسْرِي بِالْإِعْتَاقِ**) إذا حلف المدَّعى عليه أو نكل فحلف المدَّعي عتق نصيبه؛ لاعترافه بسراية الإعتاق إليه بناء على المذهب كما أشار إليه.

قال: (**وَلَا يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ الْمُنْكِرِ**) أي: وَإِنْ أَيْسَرَ الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْشِئْ عِتْقًا فأشبه ما لو ادَّعى على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته فأنكر، يعتق نصيب المدعي ولا يسري، وإن فرعنا على القولين الآخرين لم يعتق من العبد شيء.

....

قال ابن الرفعة: وهل ينفذ تصرف المقر في حصته بالبيع والعتق وغيرهما؟ فيه وجهان في «الحاوي»، انتهى.

والذي رأيته ذكرهما على قول توقف العتق على الأداء، وكذا نقلهما الإمام وغيره، واقتضى كلام الإمام السابق أن المذهب الظاهر امتناع تصرفه فيه عملًا بموجب إقراره.

قال الماوردي: فلو عاد المنكر واعترف بالعتق بعد جحوده عتق عليه، وكانت سراية عتقه إلى نصيب الشريك على الأقاويل الثلاثة.

فَرْعٌ: قالا: وإن كان المدعى عليه معسرًا وأنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى المدعي نصفه بعد ذلك عتق ما اشتراه؛ لاعترافه بحريته، ولا يسري إلى الباقي، انتهى.

وفي صورة للفرع إشكال، فإنه إن علم إعساره فلا دعوى عليه ولا تحليف، وإن زعم المدعي يساره كما صور الغزالي وغيره به المسألة، واقتضاه قولهما في صورة الشراء لاعترافه بحريته، فيجب أن يعتق عليه نصيبه على قول التعجيل عملًا بمقتضى إقراره، وإن كان المدعى عليه معسرًا وإن لم ينجز اليسار والإعسار ذكر فقضية دعواه وتحليفه أنه موسر يلزمه قيمة نصيبه أيضًا، بل الظاهر أنه لا بد في الدعوى من التعرض ليساره، فتدبره.

وسبق قول الدارمي: إنه إذا قال لشريكه: أعتقت نصيبك، فإن كان المدعى عليه معسرًا فلا خصومة بينهما، ثم قال آخر المسألة: وإن أقر بعتق حصته واختلفا في يساره عتق نصيب المعتق، وحلف وبرئ، وإن نكل حلف المدعي وأخذ، وهل يعتق حصة المدعي قبل أخذ القيمة؟ على القولين، فإن قال المعتق: كنت موسرًا، وقال شريكه: كنت معسرًا، فحقي باق، وحلف مدعي الإعسار، وثبت حقه، فإن نكل قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: عندي لا يحلف الشريك؛ لأنه لا يدَّعي شيئًا، ولكن يحلف العبد، وإن كان يعلم يساره حلف مدعي اليسار، وكذلك في الأولى، انتهى وكأنه سقط من كلامه شيء.

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ: إنْ أَعْتَقْت نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيبِك فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ وَهُوَ مُوسِرٌ سَرَى إلَى نَصِيبِ الْأَوَّلِ إنْ قُلْنَا: السِّرَايَةُ بِالْإِعْتَاقِ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، وَلَوْ قَالَ فَنَصِيبِي حُرٌّ قَبْلَهُ، فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ، فَإِنْ كَانَ الْمُعَلِّقُ مُعْسِرًا عَتَقَ نَصِيبُ كُلٍّ عَنْهُ، وَالْوَلَاءُ لَهُمَا، وَكَذَا إنْ كَانَ مُوسِرًا وَأَبْطَلْنَا الدَّوْرَ، ....

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ: إنْ أَعْتَقْت نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيبِك فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ**) أي: المقول له نصيبه.

(**وَهُوَ مُوسِرٌ سَرَى إلَى نَصِيبِ الْأَوَّلِ إنْ قُلْنَا: السِّرَايَةُ بِالْإِعْتَاقِ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ**) أي: قيمة نصيب المعلق.

قال الإمام: بالاتفاق؛ لأن السراية أقوى من العتق بالتعليق؛ لأنها قهرية تابعة لعتق النصيب لا مدفع لها، وموجب التعليق قابل للرفع بالبيع ونحوه.

تنبيهات: لو اقتصر على قوله: فنصيبي حر، أو فجميع العبد حر كان الحكم كما لو قال: بعد نصيبك وبعد عتق نصيبك، وقوله: إن قلنا السراية بالإعتاق يفهم اختصاص الحكم المذكور، وهذا القول وقد قالا: إن قلنا الحكم بالتبيُّن فكذلك الحكم إذا أديت القيمة، وإن قلنا بالأداء فنصيب المعلق عمَّن يعتق فيه وجهان مبنيان على أنه إذا أعتق أحدهما نصيبه هل ينفذ إعتاق الآخر قبل أداء القيمة؟ تفريعًا على هذا القول إن قلنا: نعم عتق نصيب المعلق عنه، وإلا فعن المقول له إذا أدَّى القيمة واحترز بقوله وهو موسر عمَّا لو كان المقول له معسرًا، فإن نصيب كل واحد منهما يعتق عن نفسه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ فَنَصِيبِي حُرٌّ قَبْلَهُ**) أي: قبل عتقك نصيبك.

(**فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ**) أي: المقول له نصيبه.

(**فَإِنْ كَانَ الْمُعَلِّقُ مُعْسِرًا عَتَقَ نَصِيبُ كُلٍّ عَنْهُ، وَالْوَلَاءُ لَهُمَا**) أي: لا خلاف، وكذلك الحكم لو كانا معسرين فيعتق نصيب المنجز عن نفسه ونصيب المعلق عن نفسه قبل ذلك بموجب التعليق ولا سراية وإن كان المقول له موسرًا.

قال: (**وَكَذَا إنْ كَانَ**) أي: المعلق.

(**مُوسِرًا وَأَبْطَلْنَا الدَّوْرَ**) أي: اللفظي وهو الأصح؛ فالحكم كما مرَّ ولا

وَإِلَّا فَلَا يُعْتِقُ شَيْءٌ. وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ، وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ، وَلِآخَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الْآخَرَانِ نَصِيبَيْهِمَا مَعًا عِتْقًا، فَالْقِيمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

شيء لأحدهما على الآخر، كما لو قال: مع نصيبك.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يبطل الدور اللفظي.

(**فَلا يُعْتَقُ شَيْءٌ**) لأنه لو نفذ عتق المخاطب في نصيبه لعتق نصيب القائل قبله، ولو عتق لسرى ولو سرى لبطل عتقه فيلزم من نفوذه عدم نفوذه، وعلى هذا لو قال السيد لعبده مهما أعتقتك فأنت حر قبله لم يتمكن من إعتاقه كما سبق نظيره في الطلاق، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين امتنع الإعتاق عليهما، ولو قال لصاحبه: مهما بعت نصيبك فنصيبي حر قبله لم ينفذ البيع.

قال الإمام والغزالي والرافعي والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هاهنا؛ لتضمنه الحجر على الغير في ملكه.

قال الإمام: وبمثل هذا يستبين المصنف بطلان المصير إلى الدور اللفظي.

فَرْعٌ: بقي من أقسام المسألة ما لو قال: فنصيبي حر مع عتق نصيبك في حال عتق نصيبك، وقلنا بحصول السراية بالإعتاق عتق نصيب كل واحد عن نفسه على الأصح، ونسبه الروياني إلى عامة الأصحاب.

قال القفال: واختاره الشيخ أبو علي يعتق جميعه على المقول له.

قال: (**وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ، وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ، وَلِآخَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الْآخَرَانِ نَصِيبَيْهِمَا مَعًا عِتْقًا**) أي: وهما موسران.

(**فَالْقِيمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) لا خلاف أن القيمة عليهما، وإنما الطريقان في كيفية التوزيع. قال الرافعي: **أظهرهما**: باتفاق طرق الأصحاب إلا الإمام، أي: ومن تبعه أنها عليهما بالسوِّية، وشبه ذلك بتغريم الجناة أروش الجراحات، وضعَّفه الإمام والغزالي، وفرَّقا بأن الجراحات لها غور وضبطها غير ممكن؛ فلذلك رجعنا إلى عدد الرؤوس، بخلاف مسألتنا، وعلى التسوية جرى الغزالي في «الخلاصة» تبعًا للجويني، بخلاف بقية كتبه.

والطريق الثاني: فيه قولان كالشفعة، وفرَّقوا بأن الأخذ بالشفعة من مرافق

....

الملك كالثمرة، وهذا سبيله سبيل ضمان المتلفات كالجراح.

وقال القاضي الحسين: يحتمل أن يقال: إن قيل أن السراية تحصل بنفس العتق فهي على الرؤوس، وإلا فقولان كالشفعة، ولو كان أحد الشريكين موسرًا فقط ففي موضع من «تعليق» القاضي الحسين: إنه يعتق عليه بالسراية ما كان يخصه لو كانا موسرين، ثم قال: ويحتمل أن يقال: يقوم جميع نصيب الذي لم يعتق على هذا الموسر، انتهى.

وهذا ما في «الحاوي» و«الشامل» و«التهذيب» والرافعي وغيرها.

وقال القاضي الحسين في موضع آخر من «تعليقه» إنه لا خلاف فيه.

تنبيهات: قوله: فأعتق الآخران عبارة «الشرحين» و«الروضة»: فأعتق اثنان منهم نصيبهما، وهي أعم وأحسن؛ لبعدها عن إيهام اختلاف الحكم لو اختلف التصوير لا خفاء أن المعية تحصل بقولهما وبتعليقهما على شرط واحد، فيوجد وبتوكلهما لواحد، فيعتق نصيبهما دفعة واحدة، وسبق في تفسير معية اللافظين كلام في نكاح المشرك هل يأتي مثله هنا؟ فيه نظر لو أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر سرى إلى نصيب شريكيه، فإن أيسر ببعض قيمة الباقي قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما، هكذا جزم به الرافعي.

فروع أوردها الدارمي:

إن قال: جزء منك حر، فإن أراد من جميعه أو من حصته عتق جميعه، وقوم عليه إن كان موسرًا، وإن عنى من حصة صاحبه لم يقع شيء.

قلت: وهذا في الباطن صحيح، وأمَّا في الباطن ففي قبوله منه نظر، إن قال أحدهما لصاحبه: أعتق نصيبي عني، فقال: أنت حر، فإن نوى عن نفسه كان حرًّا إن كان موسرًا وقوم عليه، وإلا رق حق شريكه، وإن نوى عن شريكه جميعه أو نصفه عتق عليهما، وهل تقوم على الوكيل حصة الموكل؟ على وجهين.

وقوله: عتق عليهما . . . إلى آخره كلام مظلم، ويشبه أن يقال: إن صدقه الموكل عتق عليه وسرى، وإن كذبه فوجهان، والظاهر أنه حصل خلل من ناقل.

وَشَرْطُ السِّرَايَةِ إِعْتَاقُهُ بِاخْتِيَارِهِ، فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ لَمْ يَسْرِ، ....

إن قال لأحدهما: قد وكَّلني شريكك بعتق نصيبه، فقال: وأنا أيضًا، فأعتق جميعه ثم بان كذبه عتق، ولزم صحيح الوكالة قيمة حصة شريكه، وهل يرجع بها على الكاذب؟ على وجهين.

قلت: وصحيح الوكالة القائل وأنا أيضًا، ووجه رجوعه تضمين المال إذا كان له مال غائب قوم عليه، فإن لم يصل فهل يعتق؟ على قولين: ثانيهما: يعتق ويكون في ذمته.

قلت: وهو الأظهر إذا قلنا السراية بنفس اللفظ، وكان المال باقيًا عند العتق يمكن الوصول إليه، أمَّا لو لم يكن كذلك ففيه نظر، وإن بان تلفه قبل العتق فمعسر، والله أعلم.

قال: **(وَشَرْطُ السِّرَايَةِ إِعْتَاقُهُ بِاخْتِيَارِهِ)** أي: ومن شروطها أيضًا هذا، فلو أعتق نصيبه مكرهًا فلا عتق ولا سريان، ولو أكره على عتق بعض نصيبه فأعتق جميعه فمختار، ولو أكره على جميعه فأعتق بعضه فيشبه أن يجيء فيه ما قيل فيما لو أكره على الطلاق الثلث فوجد.

إشارة: كان ينبغي أن يزيد بعد قوله: باختياره، وأن يقع العتق عنه لما سيأتي بما فيه.

قال: **(فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ لَمْ يَسْرِ)** لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، ولم يوجد منه صنيع وقصد إتلاف.

وعبارة «المحرر»: وأمَّا إذا ورث نصف قريبه وعتق عليه لم يسر، فأراد بقريبه الأصول والفروع، وعدل الشيخ عنها إلى الولد؛ لئلا يتوهم دخول الحواشي، وأمَّا قوله: وعتق عليه فكأنه احترز به عمَّا لو ورثه مرهونًا، ولا شيء للمورث فإنه لا يعتق عليه، وإذا لم يعتق عليه وبيع في الدين فلا سريان نعم، لو تكلف الوارث دعوى الدين عتق ما ورثه، وسرى عليه بشرطه، ولو أبرأ المرتهن الميت من دينه انفك الرهن ولا سريان فيما أحسب.

تنبيهات: ومن صور الاختيار الشراء وقبول الهبة والوصية، ولو ملكه بما

وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلَّا فِي ثُلُثِ مَالِهِ، وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ، ....

يتضمن حصول الملك، ولا يقصد به التملك غالبًا كما لو اشترى مكاتبه شقصًا ممن يعتق عليه، ثم عجزه السيد فصار الشقص له وعتق عليه فوجهان:

أحدهما: يسري لاختيار ونسبته إلى الملك بفسخ الكتابة.

قال الرافعي: وأشبههما: لا، ويحكى عن ابن الحداد؛ لأنه إنما قصد التعجيز، وحصل الملك ضمنًا، وإن عجز المكاتب نفسه لم يسر قطعًا.

قال: ولو باع شقصًا ممن يعتق على وارثه كما لو باع ابن أخيه بثوب ومات وورثه أخوه، ثم رد الثوب بعيب واسترد الشقص وعتق عليه، ففي السراية الوجهان، هكذا في النسخ المعتمدة، وفي نسخ وجهان بلا تعريف، ومنها اختصرت «الروضة» وزاد.

قلت: الأصح هنا السراية وليس بجيدٍ لما سيأتي في كلامه: إنه لو أوصى لزيد ببعض ابن أخيه فمات، وقبل الأخ الوصية عتق الشقص ولا سراية على الأصح، ثم ذكر صورة رد الثوب هذه وأن السراية فيها على الخلاف.

إشارة: قد يورد على إطلاق اعتبار الاختيار ما لو أوصى له ببعض ابنه فمات وقبل الوصية أخوه، قالوا: عتق الشقص على الميت وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، ونزل قبول وارثه منزلة قبوله، فهذا سريان ولا صنع للميت فيه ولا اختيار، وسيأتي نحوه على اختلاف فيه واضطراب.

قال: (**وَالمَرِيضُ**) أي: مرض الموت.

(**مُعْسِرٌ إِلَّا فِي ثُلُثِ مَالِهِ**) أي: فإذا أعتق نصيب شريكه، ولم يخرج من الثلث إلا قدر نصيبه فلا سراية في الباقي، هذا هو المشهور المنصوص.

وقال الدارمي بعد نقله عن النص: وحكى ابن القطان عن بعضهم من الجميع السراية، ومن الثلث المباشرة، فإن حمل الثلث ما أعتقه حسب فذاك، فإن عجز نقص منه وإن زاد عتق بالسراية وقوم، انتهى.

وقوله من الجميع يعني من رأس المال؛ لأن السراية قهرية بخلاف المباشرة.

قال: (**وَالمَيِّتُ مُعْسِرٌ**) إذ لا ملك له بعد موته.

فَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبِهِ لَمْ يَسْرِ. إِذَا مَلَكَ أَهْلُ تَبَرُّعٍ أَصْلَهُ أَوْ فَرْعَهُ عَتَقَ.

(فَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبِهِ لَمْ يَسْرِ) أي: وإن خرج جميع العبد من الثلث؛ لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث، ويبقى الميت معسرًا ولا تقويم على معسر، بل لو كان العبد له فأوصى بإعتاق نصفه لم يسر، وإن أوصى بالتكميل فقد سبق بيانه، والمختار عدم السراية القهرية، وإنما الواجب إنفاذ الوصية بالشراء إن أمكن كما سبق بيانه.

فائدة في «إعجاز» الجيلي:

فإن قيل: في أي موضع يعتق عليه نصيبه وهو موسر ولا يسري؟

قلت: في اثني عشر موضعًا: إذا ورثه، إذا قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فنصيبي حر، وعاكسه شريكه، إذا قال لشريكه: إن أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع عتق نصيبك، إذا وكَّلا وكيلًا فأعتقه عنهما دفعة واحدة، إذا أوصى له بشقص ممن يعتق ثم مات معسرًا فقتله وارثه عتق ولا تقويم، إذا قال للمشترك: إن مت فنصيبي حر، ثم ذكر صورتي ما إذا أوصى له بابن أخيه، وما إذا باع بعض من يعتق على وارثه بثوب، إذا اشترى المكاتب ابن مولاه ثم عجز نفسه عتق ولم يسر، وإن عجزه السيد فوجهان، إذا زوجا جاريتهما بابن أحدهما فولدت عتق نصيب جد الطفل عليه ولم يسر، وإن عرفها فوجهان، انتهى.

قال: **(إِذَا مَلَكَ أَهْلُ تَبَرُّعٍ أَصْلَهُ أَوْ فَرْعَهُ عَتَقَ)** ما زاد بالأصل كل أصل، وإن علا بالفرع كل فرع، وإن سفل سواء الذكور والإناث والوارث منهم وغيره، والموافق في الدين وغيره، أمَّا في الأصول فلقوله ﷺ: «**لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدًا إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ**» رواه مسلم، وقوله: «فيعتقه» أي: بالشراء.

قال ابن الرفعة: وهذه الرواية محمولة على رواية: «فيعتق عليه» وأمَّا في الفروع فلقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ﴿٨٨﴾﴾ [مريم: ٨٨] وقوله: ﴿وَمَا يَنبَغِي لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴿٩٢﴾﴾ [مريم: ٩٢] فدلَّ على امتناع اجتماع النبوة والملك، وقال ابن سراقة: استدل من قال: لا يعتق عليه إلا من بينه وبينه بعضية بأن الله سمى أولاد الرجل باسم نفسه، فقال: ﴿قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ [التحريم: ٦]

....

وقال: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] يعني أولادكم، وقال: ﴿لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَأْكُلُوا۟﴾ [النور: ٦١] من بيوتكم، يعني: بيوت أولادكم؛ لأن الولد بضعة من والده، انتهى.

تنبيهات:

أحدها: قوله: أهل تبرع، يفهم أن غيره إذا ملك من ذكرناه من أصوله أو فروعه لا يعتق عليه، وليس ذلك على إطلاقه، وغلط من قال: احترز به من الصبي والمجنون، بل متى دخل أصل صبي أو فرع لمجنون أو محجور عليه بسفه في ملكه ولا مانع من عتقه عتق عليه، كما اقتضاه كلامه من بعد، ويصح أن يكون احترز عن المكاتب وعن بعض المرضى في بعض الصور كما سيأتي، خفاء أنه لو ورث قريبه مرهونًا أو جانيًا في رقبته، وكان على الميت دين مستغرق، أو كان في مال قريبه المحجور عليه بالفلس، فمات القريب أنه لا يعتق على الوارث، وإن كان موسرًا؛ إذ لا يلزمه وفاء دين مورثه، وكان الأحسن أن يطلق بأن من ملك أصلًا أو فرعًا عتق عليه، كما صنعا في «الشرحين» و«الروضة» ثم يذكر ما يخرج عن ذلك كما فعلا، فإنه أسلم من الاعتراض وأبعد من الإيهام.

ثانيها: لا أثر هنا لأبوة الرضاع وولادتها، وحكى فيه الإجماع، وفي الولد المنفي باللعان وجهان، والظاهر المنع، فإن استلحقه بعد وهو في ملكه عتق عليه لا محالة، ولا خلاف عندنا إن غير الأصول والفروع لا يعتقون بالملك، وحديث سمرة في «السنن» الأربع: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ فَهُوَ حُرٌّ**»[1] تمسك به الخصوم، وأجيب عنه بوجوه:

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٢٣، رقم ٩١٠)، وأحمد (٥/ ١٥، رقم ٢٠١٧٩)، وأبو داود (٤/ ٢٦، رقم ٣٩٤٩)، والترمذي (٣/ ٦٤٦، رقم ١٣٦٥) وقال: لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة. وقد روى بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئًا من هذا، وابن ماجه (٢/ ٨٤٣، رقم ٢٥٢٤)، والطبراني (٧/ ٢٠٥، رقم ٦٨٥٢)، والحاكم (٢/ ٢٣٣، رقم ٢٨٥٢)، والبيهقي (١٠/ ٢٨٩، رقم ٢١٢٠٤). والطحاوي (٣/ ١٠٩).

....

منها: إن الحسن لم يسمع من سمرة، وليس بجيد بل صح سماعه منه.

ومنها: قال النسائي: إنه حديث منكر، وقال: إنه خطأ عند أهل الحديث، وقال البيهقي: وهم فيه راويه.

ومنها: إن حقيقة الرحم الاختصاص بالولادة، وفي غيرها مجاز، فحملناه على حقيقته لو صح.

ومنها: لو سلم الشمول فخصه بالقياس، وهو أن كل قريب لا ترد الشهادة له فلا يعتق بالملك كبني الأعمام.

ثالثها: المعروف عندنا ما قدمناه. ورأيت في كتاب «كشف أصول الفرائض» لابن سراقة العامري في باب من يعتق على المرء إذا ملكه: اختلف في ذلك على خمسة مذاهب، فذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه لا يعتق على المرء أحد إلا أن يباشر عتقه باختياره، وقال آخرون: لا يعتق عليه إلا ذو رحم محرم، وهو قول عمر وابن مسعود، وبه قال عطاء والشعبي والثوري والحسن ابن صالح وأهل العراق، قال: ومعنى ذي رحم: هو كل من انتسب إليك وانتسبت إليه وانتسب إلى أبيك وإلى أمك دون آبائهم وأمهاتهم فهو ذو رحم.

وقال الشافعي: معنى ذي الرحم المحرم: كل من حرم بينهما المناكحة من جهة النسب فهو ذو رحم.

وقال ابن سريج: كل من لو كان صغيرًا لزمك حضانته، أو كنت صغيرًا لزمه حضانتك من الذكور والإناث فهو ذو رحم محرم، وهذه الثلاثة أوجه ترجع إلى معنى واحد في الحكم.

وقال آخرون: لا يعتق على امرئ واحد إلا من بينه وبينه بعضية، وهم الوالدون وإن علوا، والمولودون وإن سفلوا، وقال مالك: يعتق عليه هؤلاء، والأخوة دون أخواتهم، انتهى لفظه.

وسياقه واستدلاله ظاهر في أن المذهب ما رواه عن الشافعي في تفسير الحديث، وإن المذهب المعروف مقالة العلماء من خارج، وإن ابن سريج

....

ذهب إلى اعتبار ذلك بالحضانة، وما أدري من أين هذا له! فإن أمكن تأويل كلامه بأن الشافعي أراد بذلك تفسير من هو ذو رحم محرم، وكذلك ابن سريج لا من يعتق على المرء إذا ملكه فإلَّا ناقض برده وشذوذه.

رابعها: متى يحكم بنفوذ العتق، قال أبو إسحاق: مع دخوله في ملكه.

وقال الإمام: بل يترتب على الملك، وأغرب الغزالي في «البسيط» حيث قال في مسألة ما إذا زوجا جاريتهما ابن أحدهما فأتت منه بولد فإنه يعتق نصفه على جده ولا يسرى؛ لأنه لم يحصل باختياره، ومنهم من علَّل بأنه ينعقد نصفه حرًّا، وإنما يسري عتق طارئ.

قال الشيخ أبو علي: هذا فاسد، بل الصحيح أنه ينعقد رقيقًا ثم يعتق، وكذلك يجب الغرم على المفرد، وقال الغزالي: وعندي إنه ينعقد حرًّا؛ إذ لو رق لما زال الملك ولبقي، وكذا من يشتري قريبه، لا أقول: يدخل في ملكه ثم يزول، بل يندفع الملك إذا جرى موجب الملك أو قارنه دافع فاندفع، والاندفاع في حكم الانقطاع، ولذلك وجب العوض، ولهذا غور ذكرته في تحصين المأخذ في مسألة شريك الأب فليطلب منه، انتهى.

خامسها: إذا أوصى له ببعض من يعتق على وارثه كابن أخيه فمات وقبل الأخ الوصية عتق الشقص ولا سراية على الأصح، ويجري الخلاف فيما إذا باع ابن أخيه بثوب ومات، وورثه الأخ المسألة، وقد قدمناها بما فيها.

وسبق أنه لو اشترى مطلق التصرف بعض قريبه سرى بخلاف ما لو ورثه، قالا في «الشرحين» و«الروضة»: وشراء الوكيل وقبوله الهبة والوصية كشرائه، وقبوله لصدوره عن الاختيار، وكذا قبول نائبه شرعًا حتى لو أوصى له ببعض ابنه فمات وقبل الوصية عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي، وإن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته، انتهى.

وهذا كله بناء على الأصح، وهو صحة قبول الوارث هنا، وإنه إذا قبل الموصى له بأنه إذا ملك بالموت لا بالقبول بمجرده، وعلى هذا ففي هذه السراية

....

نظر، وقد روى الإمام فيها هاهنا احتمالًا ؛ لأن العتق حصل بغير اختياره.

وذكر في «الوسيط»: إنه لو كان وارث الموصى له اثنين فقبل أحدهما ورد الثاني أن الذي ذكره الأصحاب: إن القدر الذي قبله يعتق على الميت، ثم إن كان نصيب القابل من التركة التي في يده يفي بالسراية سرى، ويكون العتق عن الميت ابتداء وسراية، والولاء له، ويرث الابن القاتل، وكذا المراد على الأصح، وإن لم يكن في يده من التركة شيء، فلا يسري.

وجواب الشيخ أبي علي أنه لا يسري في الصورة الأولى أيضًا، فإنه لو سرى لسرى على الميت والعتق لا يسري على الميت؛ لأن حكمه حكم المعسرين، قال الإمام: ولا وجه إلا ما ذكره الشيخ، وما سواه غلط في القياس.

قال ابن الرفعة: وفيما قاله نظر؛ لأنَّا نفرع على قول الوقف فإن قبل الوارث تبينا حصول العتق عند موت الموصي، وذلك في حياة الموصى له، فإذا سرينا العتق لم نسره على ميت بل على حي، انتهى.

وفي «البسيط» قال الإمام: قول أبي علي هو الصحيح، والآخر غلط في القياس، قال الغزالي: وعندي أن ما ذكره الأصحاب لا يخلو عن غور في القياس لست أطول بذكره فليتأمله الناظر، انتهى.

وحكى الرافعي هناك القول بالسراية عن ابن الحداد وآخرين، وأن الشيخ أبا علي قال: يجب ألا يقوم على الميت لمعنيين.

أحدهما: حصول الملك بغير اختياره كمن ورث بعض من يعتق عليه لا يقوم.

والثاني: أن العتق يحصل بعد موته ولا مال له حينئذ، قال: وقد رأيت هذا لبعض الأصحاب، قال الرافعي: للأولين أن يقولوا: إنما حكمنا بالعين على الميت لجعلنا الوارث نائبًا عنه، فكيف ينتفي اختياره مع النيابة؟ لكنهما حكمان، وأمَّا الثاني فلا نسلم أن العتق يحصل بعد الموت، بل يستند إلى قبيل الموت كما سبق.

وَلَا يَشْتَرِي لِطِفْلٍ قَرِيبَهُ، وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّى لَهُ فَإِنْ كَانَ كَاسِبًا فَعَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُهُ، وَيَعْتِقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ، ....

وهذا ما أشار إليه ابن الرفعة، والقلب إلى ما نقله أبو علي واختاره وصححه الإمام أميل، ويلزم من تعذر ما ذكره من الإسناد إلى حالة موت الموصي أن يعتبر يسار الموصى له، وإطلاق تصرفه عند موت الموصي، فإن ذلك وقت السراية وأن تعتبر قيمة الشقص المقوم ذلك الوقت واعتباره يخرج إلى تفصيل يطول ذكره فتأمله.

وأمَّا مسألة سري الوكيل وقبوله الهبة والوصية لموكله فإن كان لغرض فيما إذا علم الموكل بأن الشقص ممن يعتق عليه فواضح، وإن كان مع جهله بالحال وظنه أنه أجنبي ففيه نظر، لكن يبعده أنه لو باشر ذلك بنفسه جاهلًا بالحال أو ظانًا عدم القرابة؛ فالظاهر أنه لا أثر له في العتق عليه والسراية بشرطه.

قال: (**وَلَا يَشْتَرِي لِطِفْلٍ**) أي: ومجنون وسفيه.

(**قَرِيبَهُ**) أي: الذي يعتق عليه، فإن فعل فالشراء باطل؛ لإضراره بالمولى عليه، وكان الأحسن أن يقول كـ«التنبيه»: لمَوليّ عليه ليدخل المجنون والسفيه، والمَوليّ عليه بفتح الميم وتشديد الياء على مثال مقضي عليه، قال ابن الصلاح والمصنف: والفقهاء يحرفونه.

قال: (**وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّى لَهُ**) أي: من يعتق عليه.

(**فَإِنْ كَانَ كَاسِبًا**) أي: ما يفي عونه.

(**فَعَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُهُ، وَيَعْتِقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ**) إذ لا ضرر على المولى عليه، وحصول الكمال للأصل أو الفرع، ولا نظر إلى احتمال توقع وجوب النفقة من بعد لعجز يطرأ؛ لأن المنفعة محققة والضرر مشكوك فيه والأصل عدمه.

تنبيهات: قيّد بكونه كاسبًا لكن إذا لم يوجب نفقة غير الكاسب كما هو مبين في النفقات من الأولاد الكبار للمجنون والسفيه؛ فالظاهر أنه لا يشترط كونه كاتبًا، وقد يقال فيه خطر؛ إذ قد يرفع الأمر إلى حاكم يرى وجوب نفقتهم بها، فيحكم فيتضرر المحجور عليه، ولو قال: فإن كان لا تلزمه نفقته لخرج ما

وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُعْسِرًا وَجَبَ الْقَبُولُ، ....

ذكرناه، وقوله: فعلى الولي قبوله، هو قضية كلام الجمهور، وظاهر النص وصرَّح به جماعة. وحكى الإمام والغزالي في الوجوب ترددًا وقطعًا بالجواز، وسبق في كتاب «الهبة» في إيجاب قبول الهبة على الولي كلام، وقلنا على تقدير الوجوب ينبغي أن يستثنى قبول القاضي الهبة لولده؛ لئلا يجعل طريقًا إلى رشوة قضاة السوء، وإذا لم يقبل الولي هنا وهو من غدا الحاكم من أب أو جد أو وصي أو قيم حاكم قبل الحاكم، فإن لم يفعل قال الروياني وغيره: فللصبي بعد بلوغه القبول، قال الرافعي: وليكن هذا في الوصية؛ لأن قبول الهبة فوريٌّ.

قلت: وفيما إذا كان ترك الحاكم القبول عن نظر واجتهاد نظر بأن يرى القريب متوقع العجز عن قرب، أو أن حرفته كثيرة الكساد، أو أن ثَمَّ حاكمًا يرى إلزام الطفل وغيره بالاتفاق، ولا يكلف الأب الكسب ونحو ذلك فأداه نظره الصحيح إلى أن الأحوط للمولى عليه عدم القبول فتركه، وأمَّا تخصيص الرافعي بحثًا قبول الحاكم بالوصية دون الهبة فظاهر لما أشرت إليه، لكن الدارمي صور المسألة في الهبة فقط، ثم قال: متى قلنا يقبل فلم يقبل قبل السلطان، فإن لم يفعل قيل: لم ينتقل الملك حتى يقبل، وقيل: ينتقل ويعتق، انتهى وهذا عجيب غريب.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يكن كاسبًا ما يفي بمؤنه وأوجبنا الإنفاق على المولى عليه كما أشرنا إليه.

(فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ) أي: ونحوه.

(مُعْسِرًا وَجَبَ الْقَبُولُ) أي: على المذهب؛ لحصول الكمال للقريب والثواب بلا ضرر، وقيل: فيه وجهان، واعلم أن قوله: «فإن كان كاسبًا وإن لم يكن كاسبًا» تبع فيها «المحرر».

وعبارة «الروضة» و«الشرح»: وإن كان القريب بحيث تجب نفقته... إلى أن قال: وإن كان بحيث لا تجب، وهي أحسن وأصح.

وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ مُوسِرًا حَرُمَ.

قال: (**وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ المَالِ**) وهذا في المسلم؛ لأنه من محاويج المسلمين، أمَّا لو كان كافرًا فلا حق له في بيت المال، وفي اللقيط الكافر ونحوه نزاع للبغوي وغيره، وقضية الإنفاق عليه من بيت المال كالمسلم، فإن فقد أو منع فعلى أهل دينه على حسب اجتهاد الحاكم.

قال: (**أَوْ مُوسِرًا حَرُمَ**) أي: القبول له حيث تجب النفقة عليه؛ لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته، وفيه إضرار به، فلا يصح، وحكى الدارمي والماوردي والروياني وجهًا: إنه يجب القبول.

وقال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو أوصى لمحجور عليه بصغر أو جنون أو سفه بأبيه أو جده لزم وليه أن يقبل ذلك عنه، فإذا قبله عتق عليه زمنًا كان أو غير زمن، محتاجًا إلى النفقة أو غير محتاج، هذا مذهب الشافعي، ولكن لو أوصى له بشقص من أبيه فإن كان الموصى له معسرًا فقبل وليه الوصية عتق ولا تقويم، وإن كان موسرًا ففيها قولان، وذكر القولين الآتيين. هذا لفظه.

والظاهر أن هذه طريقة البصريين من أصحابنا، قال: لا خفاء أن موضع تحريم القبول لمحجور الموسر إذا لزمته النفقة، أمَّا لو كانت تجب على غيره كما لو وهب له جده وللجد ابن موسر، أو كان أبو الطفل حرًّا موسرًا وهو ابن الجد، فإنه يجب على الولي القبول لوجوب النفقة على الغير، وقدمنا نحوه في قوله: وإن لم يكن كاسبًا، والعبارة الشاملة أن يقال: ولو وهب لمولى عليه من يعتق عليه وتلزمه نفقته في الحال لم يجز للولي القبول، وإلا وجب على المذهب ما سبق فيما إذا وهب للمولى عليه، أو أوصى بجميع من يعتق عليه، أمَّا لو كانت الهبة أو الوصية ببعضه فإن كان المولى عليه معسرًا وجب على الولي قبول الشقص على المذهب كما سبق، وإن كان موسرًا ازداد النظر في غرامة السراية، وإن لم تجب النفقة، وفيه قولان: أظهرهما في «الروضة» و«الشرحين»: المنع؛ لأنه لو قبل لعتق عليه، وإذا عتق سرى وقوم عليه وفيه إضرار به.

وثانيهما: يقبله ويعتق عليه ولا يسري كيلا يتضرر، وأيضًا فإنه لا اختيار له في حصول الملك، وهذا ما صححه الشيخ في تصحيح «التنبيه» وعلَّله

....

الماوردي بأنه بالحجر عليه كالمعسر، ثم قال: فإن قيل إذا لم يقوّم عليه الباقي لهذا المعنى فلم منع الولي من القبول في القول الأول، قيل: لأن المنع من التقويم اجتهاد، وربما رأى بعض الحكام خلافه، فقوم فصار القبول معرضًا لدخول الضرر، انتهى.

وهذا منه يشعر بأنه على القول الأول لا يقوم أيضًا، وقد علل المنع فيه بأن قبوله موجب لتقويم باقيه على الولد فتأمله، والعبارة الواضحة عن القولين أن يقال: وإن كان المولى عليه موسرًا وكان القريب بحيث لا تجب النفقة عليه فقولان:

أظهرهما: لا يجوز القبول، وثانيهما: يلزم القبول.

وعبارة «الشامل»: فإن كانت النفقة لا تجب فهل عليه قبوله ينبني على القولين في وجوب تقويم الباقي عليه، قال ابن الرفعة: وفي الجيلي حكاية قول ثالث: إنه يقبل ويسرى؛ لأن قبول الناظر كقبول البالغ، انتهى.

قال الرافعي: وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد أن بعض الأصحاب قطع بأنه ليس له أن يقبل، وجعل القولين في أنه إذا قبل هل يصح؟

قلت: ولم أر هذه الطريقة في كتب أتباعه وأتباعهم كـ«مجموع» المحاملي و«مقنعه» و«الحاوي» و«الشافي» و«الشامل» و«البيان» فالله أعلم.

فرعان من «الحاوي»:

أولهما: لا يصح من المحجور عليه بسفه تملك بعض من يعتق عليه بمعاوضة، ويصح أن يملكه بالهبة والوصية، ويعتق عليه ما ملكه منه، وفي تقويم باقيه عليه إن كان موسرًا به وجهان: وجه المنع: إنه بالحجر كالمعسر، والثاني: يقوم عليه لاستحقاقه بالشرع كالنفقات.

ثانيهما: إذا وهب ليطلق التصرف من يعتق عليه، فإن قلنا الهبة تقتضي المكافأة لم يلزمه قبولها، وإلا فوجهان:

أحدهما: يلزمه القبول ليعتق عليه من هو مأخوذ لحقه، فعلى هذا لو قال

وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ قَرِيبَهُ بِلَا عِوَضٍ عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ، وَقِيلَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ

السيد لعبده: أنت حر إن شئت، فعليه أن يشاء ليعتق بالمشيئة.

والثاني: لا يلزمه القبول لما يتعلق عليه به من حقوق لا تلزمه قبل القبول، فعلى هذا لا يلزم العبد أن يشاء عتق نفسه، وإذا أوصى له بمن يعتق عليه ففي وجوب قبولها الوجهان، انتهى.

والمفهوم من كلام الجمهور أنه لا يلزمه القبول، وقال في «البيان»: يستحب له أن يقبل، ولا يجب عليه ذلك، وهو قول كافة العلماء، وقال بعض الناس: يجب عليه القبول ليخلصه من ذل الرق، ودليلنا أنه اختلاف ملك، فلم يجب قبوله كما أوصى له بغير أبيه، أي: أو وهب له كما اقتضاه أول كلامه، وكلامه يشعر بتخصيص ذلك بالأب، ولا شك أن الأم في معنى الأب وأولى، ويقرب الوجوب إذا لم يلزمه بذلك مؤنة في الحال، ولا سيما إذا كان القريب مكدودًا مضهودًا، وكذا أقول في الولد الأمرد يوصى له به أو يوهب منه، ولو لم يقبل لبقي في يد فاجر يفسد حاله من وارثٍ أو غيره، وتخف المنة في جنب هذه المصلحة العظيمة.

قال: **(وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ)** أي: وما في معناه وحكمه.

(قَرِيبَهُ بِلَا عِوَضٍ عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ) لأنه خرج عن ملكه بلا بدل، فأشبه المتبرع به، هذا ما صححه البغوي وتبعه «المحرر» كعاداته.

قال: **(وَقِيلَ مِنْ رَأْسِ المَالِ)** لأنه حصل له بلا بذل، والشرع أخرجه عنه، فكأنه لم يملكه، وهذا ما رجحاه هنا في الموروث، ونسبا في الوصايا ترجيح الأول في الموروث إلى المتولي والبغوي، والأصح كونه من رأس المال، وبه قطع الأستاذ أبو منصور، وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره ما يقتضي الجزم به، ثم رتبا وغيرهما عليه من ملكه بهبة أو وصية، فإن اعتبرنا الموروث من الثلث فهنا أولى، وإلا فوجهان:

أصحهما: من رأس المال، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصور؛ لأنه لم يبذل مالًا، والملك زال بغير رضاه، فعلى هذا يعتق وإن لم يكن له سواه أو

أَوْ بِعِوَضٍ بِلَا مُحَابَاةٍ فَمِنْ ثُلُثِهِ، وَلَا يَرِثُ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقِيلَ لَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَلَا يَعْتِقُ بَلْ يُبَاعُ لِلدَّيْنِ، ....

كان عليه دين مستغرق أو كان محجورًا عليه بفلس يقبله، ولا سبيل للغرماء عليه، وعلى الأول إن لم يكن له سواه عتق ثلثه، وإن كان ثم دين مستغرق لم يعتق، وبيع فيه وكذا المحجور عليه بالفلس.

قال: (**أَوْ بِعِوَضٍ بِلَا مُحَابَاةٍ**) أي: من بائعه مثلًا بل بثمن مثله.

(**فَمِنْ ثُلُثِهِ**) لأنه فوت على الورثة ما بذله من الثمن ولم يحصل لهم في مقابلته شيء.

قال: (**وَلَا يَرِثُ**) إذ لو ورث لصارت الوصية وصية لوارث فتبطل، وإذا بطل العتق بطل التوريث، فأذن في توريثه، قال الرافعي: هكذا أطلقوه حكمًا وتعليلًا، وكأنه مبني على أن الوصية للوارث باطلة، فإن وقفناها على الإجازة فلا يمتنع الجمع بين الوصية والميراث، فيحتمل أن يوقف الأمر على الإجازة ويحتمل خلافه.

وحكى الأستاذ وجهًا: إنه يرث؛ لأنه لا يملك رقبته حتى يقال: أوصى له بها، وإنما ينتفع بالعتق كما ينتفع الوارث بمسجد أو قنطرة بينهما موروثة، وذلك لا يمنع الميراث.

قال: (**فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ**) أي: مستغرق.

(**فَقِيلَ لَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ**) لأن تصحيحه يؤدي إلى ملكه ولا يعتق فلم يصح، كما لا يصح شراء الكافر العبد المسلم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ**) أي: لأنه لا خلل في العقد، ويخالف شراء الكافر، فإن للكفر يمنع شراء الكافر المسلم والدين لا يمنع.

(**وَلَا يَعْتِقُ بَلْ يُبَاعُ لِلدَّيْنِ**) لأن عتقه معتبر من الثلث والدين يمنع منه.

إشارة: أغفل قيد الاستغراق استغناء بقوله: بل يباع في الدين.

وفي «إعجاز» الجيلي: إنه لو ملك مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة فأعتقه في مرض موته، ثم اشترى بالمال أباه صح الشراء على الأصح، ولا يعتق عليه

أَوْ بِمُحَابَاةٍ فَقَدْرُهَا كَهِبَةٍ، وَالْبَاقِي مِنْ الثُّلُثِ.

قطعًا، وهي عن مسائل المهايأة فيقال: حر موسر اشترى من يعتق عليه ولا يعتق.

قلت: وهي في معنى الأولى ويزاد فيها ولا دين عليه.

قال: (**أَوْ بِمُحَابَاةٍ**) أي: من البائع ونحوه.

(**فَقَدْرُهَا كَهِبَةٍ**) أي: فيكون قدر المحاباة كالموهوب له فيجيء الخلاف السابق في أنه يعتبر من الثلث أو من رأس المال.

إشارات وتتمات: ما ذكره فيما إذا كانت المحاباة من البائع ومن في معناه، أمَّا لو كانت من المريض المشتري فقدرها تبرع منه، ولا يخفى حكمه مما سبق في الوصايا، فلو كان قدرها يستوعب الثلث امتنع عتق شيء منه كما تبرع قبل الشراء بمقدار الثلث مهما حكمنا بأنه يعتق من رأس المال، فأصح الوجهين أنه يرث؛ لأن العتق والحالة هذه ليس بوصية، بل هو مستحق شرعًا فلا يلزم الجمع بين الميراث والوصية، والثاني: وبه قال الإصطخري: ولا يرث ويجعل عتقه وصية في حقه، وإن لم يجعل وصية في حق الوارث كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل تصح المحاباة من رأس المال، إن لم يكن الزوج وارثًا يجعل وصية فتبطل، ويجب مهر المثل ما سبق في صحة الشراء على ما فيه من التفصيل هو المشهور.

وحكى الأستاذ أبو منصور وجهًا مطلقًا أن شراء المريض إياه باطل؛ لأنه وصية والوصية موقوفة على الخروج من الثلث، والإجازة والبيع لا يصير موقوفًا، انتهى.

[قال: (**وَالْبَاقِي مِنْ الثُّلُثِ**)][1].

---

(١) لم يشرح هذا الجزء من «المنهاج» وقد شرحه الخطيب في «مغني المحتاج» (٢٠/ ١٩٠، ١٩١) فقال: (وَالْبَاقِي) بَعْدَ قَدْرِهَا يُعْتَبَرُ (مِنْ الثُّلُثِ) جَزْمًا، وَخَرَجَ بِالْمُحَابَاةِ مِنْ الْبَائِعِ الْمُحَابَاةُ مِنْ الْمَرِيضِ كَأَنْ اشْتَرَاهُ بِمِائَةٍ وَهُوَ يُسَاوِي خَمْسِينَ فَقَدْرُهَا تَبَرُّعٌ مِنْهُ، فَإِنْ اسْتَوْعَبَ الثُّلُثَ لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ وَإِلَّا قُدِّمَتْ الْمُحَابَاةُ عَلَى الْعِتْقِ فِي أَحَدِ أَوْجُهٍ اسْتَظْهَرَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ.

وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضَ قَرِيبٍ سَيِّدُهُ فَقَبِلَ وَقُلْنَا يَسْتَقِلُّ بِهِ عَتَقَ وَسَرَى، وَعَلَى سَيِّدِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ].

قال المصنف: [فَصْلٌ] أَعْتَقَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ،

قال: (**وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضَ قَرِيبِ سَيِّدُهُ فَقَبِلَ وَقُلْنَا: يَسْتَقِلُّ بِهِ**) أي: بالقبول، وهو الأصح.

(**عَتَقَ وَسَرَى، وَعَلَى سَيِّدِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ**) لأن قبوله بمنزلة قبول سيده شرعًا هذا ما أورده في «التهذيب» هنا، وتبعه في «المحرر» و«الشرح الكبير» قال في «الروضة».

قلت: هذا مشكل وينبغي ألا يسرى؛ لأنه قهري كالإرث، وقال في كتاب الكتابة تبعًا للرافعي: ولو اتهب العبد القن بعض من يعتق على سيده بغير إذنه وصححنا اتهابه ولم يتعلق به لزوم النفقة صح القول في الأظهر، ولا يسرى لحصول الملك قهرًا.

والثاني: لا يصح، وفي «الوسيط» حكاية وجه أنه يصح ويسرى، ويجعل اختيار العبد كاختيار سيده، ولم أجد هذا الوجه في «النهاية» وأفهم كلامه في «شرحه الصغير» هناك إنكاره مطلقًا، وهو عجيب، والمذهب عدم التسرية، والتعليل بأن قبول العبد كقبول السيد شرعًا ممنوع فيما يضر بالسيد.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

أَعْتَقَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ) لأنه تبرع في مرض الموت، فاعتبر من الثلث كغيره، وهذا إذا بقي بعد موت السيد، أمَّا لو مات قبله فهل يموت كله رقيقًا أم كله حرًا أم ثلثه فقط؟ أوجه:

أصحها: عند الصيدلاني: الأول، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس المحمودي فرضيه وحمده عليه؛ لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه، وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو وهبه، والمسألة بحالها وأقبضه ثم مات العبد قبل موت السيد، فإن قلنا يموت العتيق رقيقًا مات هنا على ملك الواهب، وعليه

....

مؤنة تجهيزه، وإن قلنا: يموت حرًا مات هنا على ملك المتهب فعليه تجهيزه، وإن ثلثنا وزعنا المؤنة عليه، وفيما إذا كان لهذا العبد ولد من معتقة كان ولاء الولد لموالي أمه، فإن قلنا: يموت حرًا، أنجز الولاء إلى معتق الأب، وإن ثلثنا أنجز ولاء ثلثه، هذا حاصل «الروضة» هنا، وقضية كلامه ترجيح موته رقيقًا، وقال في الوصايا: قال الأستاذ الصحيح أنه يموت حرًا، ولم يذكر عن غيره ترجيحًا فافهم موافقته. وقال ابن الرفعة في الوصايا:

أحدها: وهو اختيار ابن سريج.

وقال الرافعي حكاية عن أبي منصور أنه المشهور من المذهب أنه مات حرًا وكسبه لورثته.

والثاني: بطل العتق ومات عبدًا قال الرافعي وهو من تخريج ابن سريج قلت وقال في «البسيط» هنا أنه ضعيف والثالث ثلثه حر وثلثاه رقيق وقال في «البحر» أنه ظاهر المذهب والمعول عليه، انتهى.

وهو المحكي في «البسيط» و«النهاية» وغيرهما عن اختيار القفال، ويوافقه إطلاق «المنهاج» وغيره، ولو قبل العبد في المرض قبل موت معتقه، جرى فيه الخلاف.

وقال الرافعي: وحكى عن الأستاذ أبي منصور أنه قال: قياس مذهب الشافعي أنه يموت رقيقًا، وذكر بعده أنه الأظهر، وكان المراد القتل المهدر لا المضمون وجزم في «الوسيط» في صورة الهبة أنه لو قتله المتهب فهو كما لو كان باقيًا.

قال ابن الرفعة: ولو كان قد وهب العبد في مرض موته ولا مال له سواه وقبضه المتهب ثم مات قبل سيده فهل تبطل الهبة؟ وجهان: أصحهما: نعم؛ فإن قلنا به فهل يغرم المتهب؟ فيه وجهان: الأشبه: لا يضمن، فإن ضمنا، قال أبو منصور: ضمن ثلثي القيمة، قال الرافعي: وقياس بطلان الهبة في الجميع أن يغرم جميع القيمة، انتهى.

فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ مِنْهُ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ،

وحكى الماوردي هاهنا الأوجه الثلاثة السالفة فذكر الأولين بتفريعهما، ثم قال: **والثالث**: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، والمعول عليه من قوله أن موته لا يرفع حكم العتق في حقه، ويرفع عنه حكم الرق في حق ورثته وعتقه ليس بوصية له؛ لأنه لا يراعى فيه قبوله، ولا يؤثر فيه رده، وعلى هذا تختلف أحكامه باختلاف أحواله، فإن مات من غير كسب ولا يرثه غير سيده فإن كان كسبه مثلي قيمته عتق جميعه؛ لأنه صار للتركة مثلًا قيمته، وإن كان كسبه نصف قيمته مات نصفه حرًّا ونصفه رقيقًا، والكسب نصفه للسيد بحق الولاء ونصفه بحق الملك، ثم ذكر حكم ما إذا كان له من يرثه غير سيده وتفاريعه، فحصل أن المذهب الظاهر الوجه الثالث كما ذهب إليه القفال.

قال: (**فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ مِنْهُ**) لأن العتق وصية، والدين مقدم عليها وعلى حق الورثة في الثلثين.

قال: (**وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ**) عتق أحدهم بقرعة لما في «صحيح» مسلم: «**أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ فَدَعَا بِهِمْ رَسُولُ الله ﷺ فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً**»(١) وهذا لا خلاف فيه إن بقوا كذلك إلى الإقراع، فإن مات أحدهم فالنص، وعليه أطبق الأصحاب أنه يدخل في القرعة.

قال الإمام: وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد أن يجعل الفائت كالمعدوم، ويجعل كأنه أعتق عبدين لا يملك سواهما، وأقامه الغزالي وجهًا، والتفريع على الأول، ولو مات أحدهم بعد موت السيد وقبل امتداد يد الوارث إلى التركة فالحكم كما لو مات قبل موت السيد.

ولفظ الصيدلاني يقتضي الاكتفاء بألا يكون الميت في يده؛ لثبوت الحكم المذكور، وإن مات بعد امتداد يد الوارث إلى التركة وقبل الإقراع فوجهان:

أصحهما: أنه يحسب على الوارث حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين

---

(١) أخرجه مسلم (٤٤٢٥).

....

عتق كله؛ لأن الميت دخل في يده وضمانه.

وثانيهما: أنه كما لو مات قبل ذلك؛ لأنه لم يتسلط على التصرف، وتفاريع المسألة كثيرة والغرض الرمز إلى ما قد يفهم إطلاق المصنف خلافه.

قال الدارمي: ولو نقصت قيمة أحد الثلاثة قبل الموت أقرعنا، فإن خرجت قرعة الناقص حرًّا عتق وفاء الثلث، وإن خرجت لمن لم ينقص عتق منه بقدر الثلث بعد نقص الناقص، وإن كان بعد موته وكذلك بعد موت المعتق، قال الشيخ: ويحتمل عندي، انتهى.

فائدة: ذكر في «الوجيز» أن موته بعد موت السيد، وقيل: امتداد يد الوارث إليه هل يكون كالموت قبل موت السيد؟ فيه وجهان، ومنهم من طرد الخلاف في موته قبل القرعة، وإن كان بعد امتداد اليد.

قال الرافعي: وهذا صريح في إثبات وجهين قبل امتداد أيديهم، وإن بعضهم طرد الوجهين فيما إذا مات بعد امتداد أيديهم، والذي يؤخذ لغيره أن الحكم فيما إذا مات قبل الامتداد فهو فيما إذا مات قبل موت السيد، وفيما بعد الامتداد وجهان، وكذا هو في «النهاية» و«الوسيط» وما ساقه في «الوجيز» من مفرداته ولا يؤمن صدور مثله عن السهو.

قلت: قال الدارمي: لو أعتق ستة لا مال له غيرهم متساوين فمات اثنان منهم قبل موت المعتق فذكر حكمه، ثم قال: وإن ماتا بعده وقبل القرعة قال الطبري: كهو قبل الموت، وقال ابن القطان: إن كان الورثة قد قبضوا جميع العبيد ثم مات بعضهم في أيديهم فخرجت رقعة الرق على الموتى حسبنا على الورثة، وإن لم يكونوا قد قبضوا فهل يحسب عليهم الموتى إن خرجوا رقيقًا؟ على قولين، وقد نص أنه يحسب في موضع تناول أنه بعد القبض أو سُلِّم لهما الثلثان مثلًا ما عتق بعدما تلف، وقال ابن المرزبان: قبضوا أو لم يقبضوا لا يحسب عليهم الموتى، انتهى.

وفيه شاهد «للوجيز» ونقله.

وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ عُتِقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ وَكَذَا لَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ، أَوْ ثُلُثُكُمْ حُرٌّ، وَلَوْ قَالَ أَعْتَقْت ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ أُقْرِعَ وَقِيلَ يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ ثُلُثُهُ.

[قال: (**وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ عَتَقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ**)][1].

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ، أَوْ ثُلُثُكُمْ حُرٌّ**) إذا أعتق في مرضه ثلث كل واحد منهم فقال: أثلاث هؤلاء أحرار، أو ثلث كل واحد حر، ففيه وجهان:

أحدهما: يعتق من كل واحد ثلثه كما ذكر.

وأصحهما: يقرع بينهم لتجمع الحرية في واحد فإن عتق المالك لا يتجزأ، وإعتاقه بعض مملوكه كإعتاقه جميعه، وكأنه قال أعتقته هؤلاء، ولو قال ذلك لأقرعنا بينهم بسهم عتق وسهمي رق، فمن خرج له سهم العتق عتق، فكذلك هاهنا، إذا عرفت هذا فلو قال: أعتقت ثلثكم أو ثلثكم حر فهو كما لو قال: أعتقتكم أو أعتقت واحدًا منكم فيقرع بينهم، ولا يجيء الوجهان.

قال الرافعي: ومنهم من جاء بالوجهين، وجعل الصيغتين كما لو قال: أثلاث هؤلاء أحرار، ولو أضاف إلى الموت فقال: أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، أو ثلث كل واحد فيعتق من كل واحد منهم ثلثه، ولا يقرع لما سبق أن العتق بعد الموت لا يسري، وقيل: يقرع كما لو نجز في مرض الموت، والظاهر الأول.

قال الرافعي: ولصاحب الوجه الآخر أن يقول: نعم؛ لا سراية بعد الموت، ولكن قوله ثلث كل واحد منكم حر نزلتموه منزلة أعتقتكم، حتى حكم بالقرعة في أظهر الوجهين، وإذا نزل منزلته فلو قال: أعتقتكم بعد موتي يقرع بينهم، وكذلك إذا قال: ثلث كل واحد منكم حر بعد موته، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قال: أَعْتَقْت ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ أُقْرِعَ وَقِيلَ يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ ثُلُثُهُ**) قد

---

(١) غير مشروح في الأصل وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج» (٢٠/ ١٩٧) فقال: (وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ) وَلَمْ تُجِزْ الْوَرَثَةُ عِتْقَهُمْ (عُتِقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ)؛ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِقَطْعِ الْمُنَازَعَةِ فَتَعَيَّنَتْ طَرِيقًا.

وَالْقُرْعَةُ أَنْ يُؤْخَذَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٌ يُكْتَبُ فِي ثِنْتَيْنِ رِقٌّ وَفِي وَاحِدَةٍ عِتْقٌ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ كَمَا سَبَقَ، وَتَخْرُجُ وَاحِدَةٌ بِاسْمِ أَحَدِهِمْ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرَانِ،

بيناهما بتوجيههما قريبًا.

قال: **(وَالْقُرْعَةُ أَنْ يُؤْخَذَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٌ يُكْتَبُ فِي ثِنْتَيْنِ رِقٌّ وَفِي وَاحِدَةٍ عِتْقٌ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ كَمَا سَبَقَ)** أي: في باب القسمة، وقد بيناه هناك.

وقال الماوردي هنا: اعلم أن القرعة تدخل في الأحكام؛ لتمييز ما اشتبه إذا تعذر تمييزه لغيرها لتزول فيه التهمة، وتخرج عن توهم المحاباة، فوجب أن تستعمل على أحوط الممكنات فيها، وهو على ما وضعها الشافعي رضي الله عنه أحوط، فاعتبر فيما وصفه منها خمسة أشياء مبالغة في الاحتياط، واحترازًا من الحيلة، وبعدًا من التهمة.

وقال: كيف ما أقرع الحاكم بينهم ولو بأقلام دواته أجزاء، وهذا عدول عن الاحتياط، وتعرض للارتياب الذي منه الحكام.

واختار الشافعي أن تكون الرقاع في بنادق طين، وهو أولى من الشمع والحديد؛ لأن الشمع لين تتم فيه الحيلة، والحديد شديد لا ينفتح وإن لين بالنار، وربما احترقت رقاعه.

واختار ثانيًا: أن تكون البنادق متساوية الوزن والصفة مدورة قد ملست؛ لئلا تختلف فتتميز.

واختار ثالثًا: أن تجفف حتى تيبس، فلا تتم فيها حيلة.

واختار رابعًا: أن توضع مغطاة، ويؤمر من لم يشاهدها بالإخراج حتى لا يرى ما يتوجه إليه به تهمة.

واختار خامسًا: أن يكون المخرج قليل الفطنة ظاهر السلامة؛ ليبعد عن الإدغال والحيلة، هذا أحوط ما يمكن فيها، وليس بعدما ذكره الشافعي ـ رحمه الله ـ في وصفها من هذه الفصول الخمسة احتياط يؤمن بها الحكام، فإن قصر في بعضها أساء ولم يبطل حكمه.

قال: **(وَتَخْرُجُ وَاحِدَةٌ بِاسْمِ أَحَدِهِمْ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرَانِ،**

أَوْ الرِّقُّ رَقَّ وَأُخْرِجَتْ أُخْرَى بِاسْمِ آخَرَ، يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُخْرَجُ رُقْعَةٌ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عَتَقَ ورَقَّا، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً قِيمَةَ وَاحِدٍ مِائَةٌ، وَآخَرُ مِائَتَانِ، وَآخَرُ ثَلَاثُمِائَةٍ أُقْرِعَ بِسَهْمَيْ رِقٍّ وَسَهْم عِتْقٍ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِذِي الْمِائَتَيْنِ عَتَقَ وَرَقَّا، أَوْ لِلثَّالِثِ عَتَقَ ثُلُثَاهُ، أَوْ لِلْأَوَّلِ عَتَقَ ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ بِسَهْم رِقٍّ وَسَهْم عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ تُمِّمَ مِنْهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمْكَنَ تَوْزِيعُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيمَةِ كَسِتَّةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ جُعِلُوا اثْنَيْنِ اثْنَيْنِ، أَوْ بِالْقِيمَةِ دُونَ الْعَدَدِ كَسِتَّةٍ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةٌ، وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مِائَةٌ، وَثَلَاثَةٍ مِائَةٌ جُعِلَ الْأَوَّلُ جُزْءًا، وَالِاثْنَانِ جُزْءًا، وَالثَّلَاثَةُ جُزْءًا، ....

أَوْ الرِّقُّ رَقَّ وَأُخْرِجَتْ أُخْرَى بِاسْمٍ آخَرَ) أي: فإن خرج العتق عتق ورق الثالث أو الرق رق وعتق الثالث.

قال: **(يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُخْرَجُ رُقْعَةٌ عَلَى الحُرِّيَّةِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عَتَقَ وَرَقَّا)** لأن به ينفصل الأمر، وأيضًا قوله: ويجوز، يفهم أن الكيفية الأولى أولى مع أن هذه أسرع إلى فصل الأمر.

إشارة: لا خفاء أن إخراج القرعة على الصفة المذكورة في كلام المصنف وغيره ليست متعينة، بل تجوز القرعة بالبعر، كما فعل رسول الله ﷺ في قسمة بعض الغنائم، وبالنوى والأقلام، ولكن بالأحوط ما سبق.

قال: **(وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً قِيمَةَ وَاحِدٍ مِائَةٌ، وَآخَرُ مِائَتَانِ، وَآخَرُ ثَلَاثُمِائَةٍ أُقْرِعَ بِسَهْمَيْ رِقٍّ وَسَهْم عِتْقٍ، فَإِنْ خَرَجَ العِتْقُ لِذِي المِائَتَيْنِ عَتَقَ وَرَقَّا)** أي: لأن به تم الثلث. **(أَوْ لِلثَّالِثِ عَتَقَ ثُلُثَاهُ)** لأنهما الثلث.

(أَوْ لِلْأَوَّلِ عَتَقَ ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ تُمِّمَ مِنْهُ الثُّلُثُ) أي: ورق الباقي فإن خرجت لذي المائتين عتق نصفه أو لذي الثلاثمائة عتق ثلثه.

قال: **(وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمْكَنَ تَوْزِيعُهُم بِالْعَدَدِ وَالْقِيمَةِ كَسِتَّةٍ قِيمَتُهُم سَوَاءٌ جُعِلُوا اثْنَيْنِ اثْنَيْنِ)** أي: وصنعنا ما سبق في الثلاثة المتساوية القيم.

قال: **(أَوْ بِالقِيمَةِ دُونَ الْعَدَدِ كَسِتَّةٍ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةٌ، وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مِائَةٌ، وَثَلَاثَةٍ مِائَةٌ جُعِلَ الْأَوَّلُ جُزْءًا، وَالِاثْنَانِ جُزْءًا، وَالثَّلَاثَةُ جُزْءًا)** أي: وأقرع كما سبق.

وَإِنْ تَعَذَّرَ بِالْقِيمَةِ كَأَرْبَعَةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ، فَفِي قَوْلٍ يُجَزَّأُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ: وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ، وَاثْنَانِ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِوَاحِدٍ عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ لِتَتْمِيمِ الثُّلُثِ، أَوْ لِلِاثْنَيْنِ رَقَّ الْآخَرَانِ ثُمَّ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ الْعِتْقُ وَثُلُثُ الْآخَرِ، وَفِي قَوْلٍ يُكْتَبُ اسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلًا وَثُلُثُ الثَّانِي. قُلْتُ: أَظْهَرُهُمَا الْأَوَّلُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، ....

قال: (**وَإِنْ تَعَذَّرَ**) أي: توزيعهم.

(**بِالْقِيمَةِ كَأَرْبَعَةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ، فَفِي قَوْلٍ يُجَزَّأُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ: وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ، وَاثْنَانِ**) لأنه أقرب إلى فعله ﷺ.

(**فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِوَاحِدٍ**) أي: لأحد الواحدين.

(**عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ**) أي: بين الثلاثة.

(**لِتَتْمِيمِ الثُّلُثِ**) أي: فمن خرج له سهم العتق عتق ثلاثة.

(**أَوْ لِلِاثْنَيْنِ**) أي: المجموعين جزءًا، أي: المجموعين.

(**رَقَّ الْآخَرَانِ ثُمَّ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا**) أي: بين الاثنين القارعين.

(**فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ الْعِتْقُ وَثُلُثُ الْآخَرِ**) إذ بذلك يتم الثلث.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يُكْتَبُ اسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلًا وَثُلُثُ الثَّانِي**) أي: القارع ثانيًا؛ لأن ذلك أقرب إلى فصل الأمر فتخرج رقعة على العتق، فمن خرج اسمه عتق ثم يخرج ثانية كذلك، فمن خرج اسمه عتق ثلاثة، قيل: قوله: وثلث الثاني يوهم أنه يعتق، وثلث الثاني بلا إعادة وقوعه، وليس كذلك بل تعاد كما صرح به «المحرر».

قلت: معنى كلامه: وثلث القارع الثاني ليس هنا ثان إلا بالقرعة.

قال: (**قُلْتُ: أَظْهَرُهُمَا الْأَوَّلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) لما سبق من توجيهه، ورجحه في الشرح، ولهذا قال ابن الرفعة: قال الشافعي: وهذا القول أصح وأشبه بمعنى السنة؛ لأنه ﷺ جزاهم ثلثَيْ جزاء، ولا يجوز عندي أبدًا أن يقرع بين الرقيق، فلو كثروا على ثلاثة اختلفت قيمتهم أم لم تختلف؟ انتهى.

وعجبٌ كيف لم تأت طريقة قاطعة بذلك مع قول الشافعي: ولا يجوز عندي. . . إلى آخره.

وَالْقَوْلَانِ فِي اسْتِحْبَابٍ، وَقِيلَ إِيجَابٍ، ....

ورأيت الماوردي أنهم لو كانوا أربعة قيمة كل واحد منهم مائة تكتب أسماؤهم في الرقاع بعددهم قولًا واحدًا، فإذا خرج سهم أحدهم عتق، وأخرج سهم بأن عتق ثلثه ورق ثلث أو جميع الآخرين، وعلى هذا القياس.

قال: (**وَالْقَوْلَانِ فِي اسْتِحْبَابٍ، وَقِيلَ إِيجَابٍ**) تبع «المحرر» حيث قال: والظاهر أن هذا الخلاف في الاستحباب دون الإيجاب.

وحكى في «أصل الروضة» تبعًا للشرح القول بالاستحباب عن القاضي الحسين واختيار الإمام، ثم قال: وبالإيجاب قال الصيدلاني، وهو مقتضى كلام الأكثرين.

وعبارة «شرحه الصغير»: أن الذي يوافق إيراد الأكثرين الاستحقاق.

قلت: وهو ظاهر المنصوص بالاستحباب وأجاب الدارمي.

تَنْبِيهٌ: قال ابن الرفعة: قال في «البحر»: لو كان في العبيد أخوان وابن وأب الجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم أم وابن بالغ ففرق بينهما جاز، وأم وابن صغير فلا يجوز أن يفرق بينهما للنهي عنه.

قال ابن الرفعة: وفيه نظر لما سبق أن التفرقة بالحرية غير داخلة تحت التحريم.

قلت: وفي اعتراضه نظر؛ لأنه جاز هنالك للضرورة، ولا ضرورة هنا عند إمكان الضم إليها كما سبق بيانه، قال: وإن كان فيهم زوجان فهل تجوز التفرقة؟ فيه وجهان: وجه المنع: إنها تفضي إلى فسخ النكاح، وكل هذا إذا أمكن الجمع، انتهى.

وهذا الفرع مأخوذ من قول الماوردي في أوائل باب الإقراع فيما إذا كانوا ستة، قيمة كل واحد منهم مائة، جعل كل اثنين جزءًا، وكان الجمع بين كل اثنين معتبرًا برأي الحاكم، فإن كان فيهم متناسبان أخوان أو أب وابن كان الجمع بينهما أولى من التفرقة، فإن فرق بين المتناسبين جاز إلا أن تكون أم معها ولد صغير فيقرب بينهما فتولى عليه، وقد ورد النهي عنه.

وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقُوا، وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ، وَلَا يَرْجِعُ الْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ، ....

وإن فرَّق بين الزوجين ففي جوازه وجهان: **أحدهما**: يجوز كما في الإخوة، والثاني: لا يجوز؛ ليجتمعا على الحرية والرق ولا يختلفان فيهما، فيفضي إلى فسخ النكاح المفقود في التفرقة بين الأخوين، انتهى.

والظاهر أن ما ذكره في التفرقة مختص بهذا المثال ونحوه، وحينئذ قلنا مندوحة عن التفرقة بين الأم وطفلها، وأمَّا إطلاقه التفرقة بين الأب والابن فإن قضيته الجواز، فإن كان الولد طفلًا بخلاف الأم وهو وجه ضعيف، والأب في تحريم التفريق كالأم على الصحيح.

قال: **(وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ)**، أي: للميت جعلناه وقت القرعة كوديعة ودفين وغيرهما.

(وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقُوا وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ) أي: وكل ما كان في معنى الكسب كولد وأرش جناية وغيرهما، ويجري عليهم أحكام الأحرار من حين العتق من الإرث وغيره حتى لو نكح أمة لا يباح في الحرية بطل نكاحها، ولو كانت أمة فزوجها الوارث بالملك بطل نكاحها، ولو وطئها الوارث بالملك يلزمه مهرها، ولو زنى أحدهم وجلد خمسين كمل حده إن كان بكرًا، أو رجم إن كان ثيبًا، ولو كان الوارث باع أحدهم بطل بيعه، أو رهنه بطل رهنه، أو أجره بطلت إجارته، ورجع على مستأجره بأجرة مثله، ولو كان الوارث قد أعتقه بطل عتقه، وكان ولاؤه للأول، ولو كاتبه بطلت كتابته ورجع على الوارث بما أدى، ولو جنى عليه عمدًا وأخذ الوارث الأرش فله أن يقتص في الحال، وإن كان بيع في جناية بطل بيعه وكانت جنايته خطأ على عاقلته وعمدًا في ماله، ثم على هذا القياس في جميع الأحكام، قاله الماوردي.

قال: **(وَلَا يَرْجِعُ الْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ)** قال الرافعي: كمن نكح نكاحًا فاسدًا على ظن أنه صحيح، ثم فرَّق القاضي بينهما ولا يرجع الزوج بما أنفق.

قلت: وفي إطلاقه نظر، وربما سبق فيما إذا أنفق المطلق بائنًا على ظن

وَإِنْ خَرَجَ بِمَا ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرُ أُقْرِعَ، وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ حُكِمَ بِعِتْقِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ، وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثُّلُثِ، وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقًا قُوِّمَ يَوْمَ الْمَوْتِ وَحُسِبَ مِنَ الثُّلُثَيْنِ هُوَ وَكَسْبُهُ الْبَاقِي قَبْلَ الْمَوْتِ، لَا الْحَادِثُ بَعْدَهُ،

الحمل ثم بان خلافه ما يخرج منه نزاع في مسألتنا، وعلى تقدير أن لا رجوع فيجب أن يكون محله ما إذا أنفق الوارث المطلق بالتصرف مختارًا، أمَّا لو أنفق جبرًا بالحاكم، أو أنفق ولي المحجور عليه من ماله ثم بان بخلافه، فالقياس أن يرجع على العتيق بما أنفق عليه، وكذا يجب أن يكون حكم ما أدى عنه من أرش جناية، والله أعلم.

قال: **(وَإِنْ خَرَجَ)** أي: من الثلث.

(بِمَا ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرُ أُقْرِعَ) أي: بين الباقين فمن خرجت له القرعة فهو حر مع الأول، وقوله: عبد آخر، يوهم أنه لو خرج بما ظهر من المال بعض عبد آخر أنه لا يقرع، وليس بمراد والعبد مثال.

قال: **(وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ حُكِمَ بِعِتْقِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ)** أي: لا من يوم القرعة.

(وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ) أي: حين الإعتاق لا حين القرعة، بخلاف من أوصى بعتقه فإنه تعتبر قيمته يوم الموت؛ لأنه وقت الاستحقاق.

قال: **(وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ)** أي: من يوم الإعتاق، وكذا كل ما يختص به الحر من الحقوق كالكسب بما بيناه قريبًا.

قال: **(غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثُّلُثِ)** لأنه حدث على ملكه بعد الحكم بحريته، وسواء كسبه في حياة المعتق أم بعد موته.

قال: **(وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقًا قُوِّمَ يَوْمَ الْمَوْتِ وَحُسِبَ مِنَ الثُّلُثَيْنِ هُوَ وَكَسْبُهُ الْبَاقِي قَبْلَ الْمَوْتِ، لَا الْحَادِثُ بَعْدَهُ)** أي: لحدوثه على ملك الورثة بخلاف ما كسبه قبل موت السيد.

فرع مهم أهمله الشيخ وهو: ما أعتقنا بعض العبيد بالقرعة ثم ظهر دين، فإن استغرق فالعتق باطل، فإن قال الورثة: نحن نقضيه من موضع آخر وينفذ

فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَةَ كُلٍّ مِائَةٌ، وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِائَةً أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ عَتَقَ وَلَهُ الْمِائَةُ، وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثُلُثُهُ، وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ عَتَقَ رُبُعُهُ، وَتَبِعَهُ رُبُعُ كَسْبِهِ.

العتق فوجهان بنيا على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ؟ قال المصنف: وينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق، واستبعد الشيخ أبو علي البناء المذكور، وقال هناك: ينشئ الوارث إعتاقًا من عنده، ولا يمضي ما فعل الميت، وإنما الخلاف مبني على أن إجازة الوارث لما زاد على الثلث تنفيذ أم ابتداء عطية منه؟ إن قلنا: تنفيذ، فله تنفيذ إعتاقه بقضاء الدين من موضع آخر، وإلا فينبغي أن يقضى الدين ثم يبتدئ بإعتاقه، وإن كان ما ظهر من الدين غير مستغرق فهل تبطل القرعة من أصلها؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: نعم كما لو اقتسم شريكان ثم ظهر ثالث.

وأظهرهما: لا، ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين نفذ العتق وإلا فرد من العتق بقدر الدين، فإن كان الدين نصف التركة رددنا في نصف من أعتقنا، وإن كان ثلثها رددناه في ثلثهم، فإن كان العبيد ستة قيمتهم سواء أعتقنا اثنين بالقرعة، ثم ظهر عليه دين بقدر قيمته اثنين بعنا من الأربعة اثنين كيف انفق لا حق لهم في العتق، ثم يقرع بين المعتقين بالقرعة أولًا سهم عتق وسهم رق، فمن خرج له سهم الرق رق ثلثه مع الآخر، وإن ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة منهم أقرع بين اللذين كان خرج لهما كمن خرج له الحرية عتق ورق الآخر.

قال: **(فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَةَ كُلٍّ مِائَةٌ، وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِائَةً أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ عَتَقَ وَلَهُ الْمِائَةُ)** لما سبق بيانه ورق الآخران.

(وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ) الثاني **(عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ)** أي: بين الكاسب وغيره.

(فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ) يعني: لغير الكاسب.

(عَتَقَ ثُلُثُهُ) أي: وبقي ثلثاه مع الكاسب للورثة.

(وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ) يعني: للكاسب.

(عَتَقَ رُبُعُهُ، وَتَبِعَهُ رُبُعُ كَسْبِهِ) لأنه يجب أن يبقى للورثة ضعفه أعتق، ولا

....

يبقى ذلك إلا بذلك، فإنه عتق ربعه وقيمته خمسة وعشرون، وتبعه من كسبه وقدرها غير محسوب عليه، فيبقي من كسبه خمسة وسبعون، وبقي منه ما قيمته خمسة وسبعون، وبقي عبد قيمته مائة، فحمله التركة المحسوبة ثلاثمائة وخمسة وسبعون، منها: قيمة العبيد كلهم ثلاثمائة، ومنها: كسب أحدهم خمسة وسبعون، وجملة ما عتق مائة وخمسة وعشرون، وجملة ما بقي للورثة مائتان وخمسون، وأمَّا ربع كسبه فغير محسوب؛ لأنه تابع لما عتق منه، ولا يخفى عليك بعد هذا حكم ما لو كسب أحدهما مائتين أو ثلاثمائة، وهذا كله في الإكساب الحاصلة في حياة المعتق.

ولو كسب أحدهم في المثال المذكور مائة بعد موت المعتق، فإن خرجت القرعة للكاسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب أو لغيره عتق ورق الآخران، ولا تعاد القرعة للكسب، بل تفوز به الورثة لحصوله في ملكهم.

إشارة: زيادة قيمة من نجز إعتاقه كالكسب، فإذا خرجت له قرعة العتق تبعته زيادة قيمته غير محسوبة عليه، وكذا حكم من ولدت من الإماء قبل موت المعتق، فالولد كالكسب فيتبعهما في العتق غير محسوب من الثلث، وإن خرجت القرعة لغير الزائد القيمة أو لغير التي ولدت وقع الدور، ويعرف ذلك من المبسوطات، ولو نقصت قيمة بعض من نجز عتقهم قبل موت المعتق، فإن نقصت قيمته خرجت له القرعة بالعتق حسب نقصها عليه، أو قيمة من رق لم يحسب على الورثة؛ إذ لم يحصل لهم إلا الناقص، فلو أعتق عبدًا لا يملك غيره قيمته مائة فرجعت إلى خمسين عتق منه، ولو أعتق ثلثه قيمة كل واحد مائة فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للناقص عتق وحده، أو لأحد الآخرين منه خمسة أسداسه، ويبقى للورثة سدسه والآخر والناقص وذلك ضعف ما عتق.

مسألة: إذا قال: أحدكم حر، أو أعتقت أحدكم، فإن نوى معينًا أمر ببيانه وحبس عليه، فإن بين واحدًا أعتق ولغيره دعوى إرادته وتحليفه، فإن نكل حلف العبد وعتق أيضًا، وقال: أردت هذا بل هذا عتقا جميعًا مؤاخذة له،

....

وقتله أحدهم ليس ببيان، بل يؤمر به، فإن قال: أردت المقتول لزمه القود بشرطه، وليس وطء الأمة بيانًا، فلو بين العتق في الموطوءة لزمه الحد، ولها المهر لجهلها بالعتق.

ولو مات قبل البيان قام وارثه مقامه على المذهب، وليس قولان، فإن بين أحدهم عتق ولغيره تحليفه على نفي العلم، فإن لم يكن وارثًا وقال: لا أعلم، أقرع بينهم على الصحيح المشهور، وقيل: يوقف الأمر إلى أن ينكشف الحال فيه، ولو قال المعتق: نسيت العتيق أمر بتذكيره، قالا تبعًا للإمام: قال الأصحاب: ويحبس عليه، قال الإمام: وفيه احتمال.

قلت: أن أريد بهذا النقل أنه يحبس إذا ظهر عناده مع علمه أو امتناعه من التذكر أو عرضت عليه اليمين فامتنع منها، ولم يكن فيهم من يرد عليه اليمين بشرطه فقريب، وإن أريد أنه يحبس مع بذله اليمين فغريب، والذي رأيته في كتب الطريقتين: إنه يؤمر بالبيان من غير تعرض لحبس، وعبارة «مجموع» المحاملي، يقال له: تذكر الذي أعتقته وأخبرنا به، وعبارة «التنبيه»: ترك حتى يتذكر، قال ابن الرفعة: فإن نوزع في ذلك فالحكم كما مرَّ في نظيرها من الطلاق، انتهى.

والمنقول ثَمَّ إنهما إن صدقتاه في النسيان فلا مطالبة بالبيان، وإن كذبتاه وبادرت واحدة وقالت: إنها المطلقة لم يقنع منه في الجواب بقوله: نسيت، وإن كان محتملًا، بل يطالبه بيمين جازمة إنه لم يطلقها، فإن نكل حلفت وقضي باليمين المردودة، وأحال الغزالي في «البسيط» الكلام في المسألة على كتاب الطلاق، وبه يعلم أن إطلاق الإمام نقل الحبس عن الأصحاب ليس بجيد.

وعبارة الإمام هنا: وإن قال: عنيت بقلبي ثم أنسيت من عينته حالة اللفظ فهل يحبس والحالة هذه؟ هذا فيه احتمال، والذي أطلقه الأصحاب الحبس وعندي أني ذكرت ذلك في مسائل إيهام الطلاق، انتهى.

وإن مات قبل التذكر ففي بيان الوارث والقرعة الخلاف، وهذا الحكم لو سمَّى واحدًا وأعتقه وقال: نسيته، وإن لم ينو معينًا أمر بالتعيين، ويجب على

....

الفور، ووقف عنهم ولزمه نفقتهم، فمن عينه عتق ولا منازعة لغيره إن وافق على أنه لم ينو معينًا.

قلت: وينبغي أنه لو كان غير المعين طفلًا أو مجنونًا أن يُحلِّفه القاضي أنه لم ينوه، كما قال البالغ: لم تبهم، بل نويتني، وإذا قال: عيَّنت هذا، بل هذا عتق الأول فقط بخلاف ما سبق؛ لأنه إخبارٌ، ثم العتق في المبهم هل يحصل عند التعيين أم يتبين حصوله من اللفظ؟ وجهان كما مرَّ في الطلاق، وعلى الخلاف لو مات أحدهم فعينه هل يصح؟ إن قلنا بالأول فلا، فعليه كما لو كان الإبهام بين عبدين، فبطل التعيين في الميت تعين الثاني للعتق، ولا حاجة إلى لفظ، وإن قلنا بالإبهام صح تعيينه، وهل يكون الوطء في الإماء تعيينًا؟ وجهان كما في الطلاق.

قال ابن الصباغ: وبكونه تعيينًا، قال الأكثرون: وهو الصحيح في «البحر» واختيار المزني، وإذا لم يجعله تعيينًا فعين العتق في الموطوءة فلا حد.

وبنى البغوي حكم المهر على الخلاف، إن قلنا: العتق يحصل عند التعيين لم يجب، وإلا وجب، والوطء دون الفرج والقبلة والمباشرة بشهوة مرتب على الوطء، وأولى بالمنع، والاستخدام مرتب على اللمس، والمذهب: إنه ليس بتعيين، والعرض على البيع كالاستخدام، ولو باع بعضهم أو أجره أو وهبه وأقبضه قال البغوي: فيه الوجهان كالوطء.

وعن القاضي الحسين: هل هو اختيار للملك في ذلك أم لا؟ وحكمه حكم الاستخدام، إن قلنا بالأول صح البيع.

قال ابن الرفعة: ويتجه تخريجه على الخلاف في بيع الأب ما وهبه لولده، والإعتاق ليس بتعيين، ثم إن عيَّن فيمن أعتقه قبل أو في غيره عتقًا وقتله أحدهم ليس تعيينًا، ثم إن عين في غير مقتولة لم يلزمه إلا الكفارة، أو في مقتولة فلا قود للشبهة، وأمَّا المال فإن قلنا العتق يحصل عند التعيين لم يجب، أو عند الإبهام لزمه الدِّية لورثة المقتول.

وحكى القاضي الحسين وجهين في وجوب القود، وبالمنع جزم الرافعي

....

وغيره كما ذكرناه، ولو مات قبل التعيين فهل لورثته التعيين؟ قولان: ويقال وجهان:

أظهرهما: نعم.

وعن القاضي الحسين بناء الخلاف على ما سبق، إن قلنا: التعيين إيقاع عتق في الحال قام الوارث فيه مقامه، وإلا فلا.

قال الإمام: وهذا عندنا بالعكس أولى، فإن جعلناه إيقاعًا فهو من تتمة اللفظ، ولا يجوز أن ينقسم لفظ في الإيقاع بين شخصين.

فرع من «النهاية»: ذكر الشيخ أبو علي من وقائع نيسابور قديمًا: إنه إذا كان بين يدي السيد غلامان: سالم وغانم، فقال: أحدكما حر، فغاب سالم وبقي غانم بين يديه، فوقف بجنب غلام آخر اسمه مبشر، فقال لغانم ومبشر: أحدكما حر، ثم مات قبل البيان فكيف السبيل فيه؟

قال أبو إسحاق الأستاذ: يُقرع في هذه الصورة بين سالم وغانم، فإن خرجت القرعة حكمنا بعتقه، فيعتق عبدان، وإن خرجت القرعة الأولى على غانم رق سالم، ولم تعد القرعة ثانيًا، فإن القرعة عيَّنت غانمًا للحرية، فلما قال له ولمبشر: أحدكما حر، فغانم هو الحر منهما، وتحقيق ذلك أن خروج القرعة بمثابة بيان المالك، ولو قال السيد: أردت غانمًا في الدفعتين لم يعتق غيره.

وقال أبو الحسن الماسرجسي: إذا خرجت القرعة الأولى على غانم عتق ورق سالم، ثم نعيد القرعة ثانيًا بين غانم ومبشر، فإن خرجت على غانم رق مبشر، وإن خرجت على مبشر عتق، وغانم حر كما تقدم ذكره، ففائدة إعادة القرعة توقع عتق مبشر.

قال الإمام: والذي ذكره أفقه وأغوص، وذلك أن غانمًا إن عتق فلا يمتنع أنه أراد بقوله الثاني لما أبهم العتق إعتاق مبشر، فإذا كان ذلك ممكنًا فالقرعة تجري حيث يتصور الإيهام، وكثيرًا ما تجري القرعة بين من تستيقن حريته وبين من يشكل علينا حريته ورقه، وهذا واضح من هذا الوجه، انتهى.

....

وذكر الرافعي وغيره الفرع ملخصًا، وأن الشيخ أبا عليّ رجح الأول، وفي «البسيط» بعد نقله قول إمامه أن قول الماسرجسي: وعندي أن الأول أصوب؛ لأن القرعة إمَّا أن تبين لنا مراده في الإبهام أو تنزل منزلة تعيينه، وكان له أن يقتصر على الذي لم يغب، فلا ينبغي أن نزيد على الأقل المستيقن.

مسألة: إذا علق العتق على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول كاليمين والنذر، فإذا وجدت الصفة نفذ العتق، وإن صار المعلق في تلك الحالة سفيهًا أو مجنونًا، ولو كان محجورًا بفلس، قال القاضي الحسين: فالصحيح من المذهب: إن الاعتبار بوقت وجود الصفة، وفيه قولان.

ولو كان المعلق صحيحًا ثم وجدت الصفة في مرض الموت فأصح القولين في «تعليق» القاضي و«التهذيب» وغيرهما: إن الاعتبار بحال التعليق، فعلى هذا ـ وهو مذهب العراقيين ـ يعتق نصيبه لا محالة، وهل يسري إن قلنا الدين يمنع السريان امتنع وإلا سرى وضارب الشريك الغرماء.

قال ابن الرفعة وفي «الروضة»: إن الصفة إذا وجدت في مرض موته، فإن كانت لا توجد إلا فيه كأن فعلت كذا في مرض موتي فأنت حر، أو إذا مرضت مرض الموت فأنت حر، اعتبر عتقه من الثلث، وإن احتمل وجودها في الصحة والمرض فهل يعتق من رأس المال أو من الثلث؟ قولان:

أظهرهما: الأول، هذا إذا وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره اعتبر العتق من الثلث؛ لأنه اختيار حصول العتق في مرضه، ولو علق بصفة وهو مطلق التصرف فوجدت وقد حجر عليه بفلس عتق إن اعتبرنا حال التعليق، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة فكإعتاق المفلس، ولو وجدت الصفة وهو مجنون أو محجور عليه بسفه قال البغوي: عتق بلا خلاف، وقال الرافعي: وجهًا واحدًا، وفرَّق بأن المريض والمفلس لحق غيره وهم الورثة والغرماء، بخلاف السفه والجنون.

ولو قال: إن جننت فأنت حر، فجن، ففي العتق وجهان في «الإفصاح»

....

وقد يخرج هذا فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون فوجدت في الجنون، ولو قال: إن مرضت مرضًا مخوفًا فأنت حر، فمرض مرضًا مات منه عتق من الثلث، وقيل: من رأس المال، ولو مرض مخوفًا وبرأ منه عتق من رأس المال، وقيل: لا يعتق.

فَرْعٌ: للمعلق إزالة ملكه عنه بالبيع والهبة المقبوضة وغيرها، كجعله صداقًا وبدلًا في الخلع وغير ذلك، قال ابن الرفعة: وألحق البندنيجي مما ذكرناه الرهن مع الإقباض، وقد ذكرنا حكمه هناك.

قلت: والمذكور هناك: أنّا إذا صححنا رهنه وتأخر بيعه حتى وجدت الصفة بني على أن العبرة في التعليقات بحال التعليق أو بحال وجود الصفة، إن قلنا بالأول عتق، وإلا انبنى على جواز عتق المرهون، ولو آجر المعلق عتقه بصفة عتق عند وجودها، وانفسخت الإجارة بخلاف ما لو أعتق المستأجر ابتداء لا ينفسخ؛ لأن هنا وجد سبب الاستحقاق قبل العقد، قاله القاضي الحسين.

قال ابن الرفعة: والوقف إن قلنا يزيل الملك كالبيع، وإلا فيعتق عند وجود الصفة، قاله القاضي: ويتجه تخريجه على أن الاعتبار بماذا؟

قلت: وذكر البغوي وتبعه الشيخان هناك: إنا لو قلنا: الملك لله تعالى، أو للواقف عتق، وبطل الوقف، أو للموقوف عليه لم يعتق، والوقف بحاله، والمنقول في «الحاوي» و«النهاية» و«البسيط» وغيرها إن قلنا يزول الملك في الوقف إلى الله تعالى، أو إلى الموقوف عليه لم يعتق، كما لو باعه ثم وجدت الصفة في ملك الغير، وهذا هو الصحيح، والله أعلم.

لو باعه ثم اشتراه لم تعد الصفة وفيه خلاف عود الحنث، ولو باعه ثم وجدت الصفة ثم اشتراه فقياس الطلاق ألّا يعتق.

وعن ابن أبي هريرة: إنه يعتق وينتقص البيع ولاستحقاق عتقه قبل بيعه، قال في «البحر» في كتاب الأيمان: وهو غلط؛ لأن نفوذ البيع أوجب زوال ملكه.

قال في «الترغيب»: إذا قال: إذا دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: عجلت

....

لك الحرية يتعجل ويعتق، فأمَّا إن قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: عجلت لك الحرية لا يعتق، والفرق أن إذا للوقت لا للشرط، ويجوز تقديمه على الوقت، وإن للشرط فلا يجوز تقديمه على الوقت، انتهى.

وأحسبني ذكرت في موضع في نظيرها من الطلاق نزاعًا في الثانية، ولا شك إذا قصد بذلك تعجيل الحرية له والإضراب عن التعليق أنه يعتق، والله أعلم.

وإن علق على صفة مطلقة كنزول المطر، وقدوم زيد، فمات قبل وجودها بطلت الصفة، وإن أعتق على صفة بعد الموت: كإذا مت، ودخلت الدار، وخدمت زيدًا، كذا فأنت حر لم تبطل الصفة، بل إذا وجدت عتق، ولو حدث للمعلق عتقها بعد التعليق ولد رقيق لم يتبعها على الأظهر، وقيل: قطعًا، أمَّا الحمل الموجود عند التعليق فيتبعها قطعًا.

واعلم أن التبعية هاهنا تكون في العتق إذا حصل للأم لا في الصفة إذا كانت الصفة فعلها: كدخولها الدار، حتى لو مات قبل الدخول، ثم دخل ولدها لم يعتق جزمًا، بخلاف ولد المدبرة، إذا قلنا أنه يتبعها، فإن تبعيته تكون في الصفة لا في العتق، فلو ماتت الأم ثم مات السيد والولد في ملكه عتق من الثلث.

وفرَّق ابن الصباغ بأن الشرط هنا دخول الأم الدار، فإذا ماتت فات الشرط، والشرط في المدبَّر موت السيد، ولم يفت ذلك في حق الولد بموت أمه، نعم لو كانت الصفة من فعل السيد أو فعل غيرها فيكون كولد المدبرة، سواء هذا آخر كلامه، وغيره لم يفصل بأن تكون الصفة من فعلها أومن فعل غيرها بل أطلق أن ولد المعلق عتقها لا يتبعها في الصفة ويتبعها في العتق، بخلاف ولد المدبرة، فإنه يتبعها، ومنهم الماوردي، وفرَّق بأن عتق المدبرة مستحق بالوفاة، وعتق الصفة مستحق في الحياة، وحكم ما استحق بالوفاة عام كالميراث، وحكم ما استحق في الحياة خاص كالعقود.

وحكى الإمام عن شيخه أنه كان يقول: متى تعدَّى العتق إلى ولد المعلق عتقها بصفة فدخل الدار عتق، وأمَّا أنه تعتق الأم فلا، قال الإمام: وهذا وإن

....

كان غريبًا في الحكاية فليس بعيدًا في التوجيه هكذا أورد ابن الرفعة هذا التنبيه، والله أعلم.

فروع: في «فتاوى» القفال: إنه لو قال: إن مت فعبدي حر فقتل عتق عبده؛ لأنه مات، وإن قال: إن مات هذا الجمل فعبدي حر فذبح، فإنه يعتق عبده، وينبغي أن ينظر فيما إذا ذبحه مجوسي.

قلت: كذا وقع في النسخ: فإنه يعتق، وصوابه: لا يعتق، وإنما أسقط ناقل لفظة: لا، ويشير إلى ذلك قوله: وينبغي أن ينظر فيما إذا ذبحه مجوسي، وإنه لو قال: إن ملكتني ألفًا باتهاب أو قبول وصية، فأنت حر، فإنه كما اكتسب ذلك بالقبول، أي: والقبض عتق سواء حمله إلى السيد أم لا؛ لأنه بنفس القبول صار متملكًا، وعلى هذا لو قال: إن ملكتني ما يبلغ قيمته ألف درهم فأنت حر، فاحتش العبد أو اصطاد ما قيمته ذلك؛ عتق، انتهى.

وقوله: لأنه بنفس القبول، فصار متملكًا يفهم أنه يعتق قبل القبض، ولا أظنه مراده، بل لا بدّ من قبض العبد ذلك، كما قيدت به إطلاقه، والعلم عند الله.

ومن «فتاوى» تلميذه القاضي الحسين: إنه لو قال لمن يملك ابنه: أعتقني عني على ألف، ففعل لم يعتق عن السائل؛ لأنه لو كان أجنبيًا من السائل كنَّا نملكه العبد، ثم يحصل المسؤول نائبًا عنه في الإعتاق، وهاهنا نحتاج إلى تقديم الملكية في الإعتاق، والملك يوجب العتق فالتوكيل بعده بالإعتاق لا يصح، فيصير دورًا، وإنه لو قال: اعتق عبدك الآبق عني ففعل يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يصح كالبيع.

والثاني: يصح؛ لأن الملك هاهنا يحصل تبعًا للعتق وضمنًا، قال البغوي: قلت: يحتمل أن يقال في الصورة الأولى أنه يحكم بعتقه عن السائل كما في الآبق، انتهى.

وهذا الاحتمال هو المختار الأقوى، ولا نظر إلى ما ذكره من التقدير،

....

والغرض خلاص ولده من الرق بعوض يبذله كالشراء، وذكر القاضي أنه لو اشترى من يعتق عليه بشرط العتق أنه لا يصلح؛ لأنه لا يمكنه الوفاء بالشرط، ونازعه المصنف فيه في البيوع من «شرح المهذب» وقدمنا ذلك.

وإنه سئل العبادي عمن له ثلاثة عبيد فقال: أحد عبيدي حر، ثم قال ثالثًا: أحد عبدي حر، قال: عتق الكل، قال: ولو قال: أحد هؤلاء حر، وقاله ثلاثًا لا يعتق إلا واحد؛ لأن قوله: أحد عبيدي، ينصرف إلى المملوك، وقوله: أحد هؤلاء لا يتعين في الرقيق؛ لأنه لو قال لعبده وحرٍّ: أحدكما حر ينصرف إلى الحر.

وسئل القاضي الحسين عنه فقال: لا يعتق في المسألتين إلا واحد؛ لأن قوله ثانيًا: أحد عبيدي حر يقتضي أن يكون له عبيد، ولم يكن له إلا عبدان قيل له رجل قال: عبيدي أحرار، وليس له إلا عبد واحد، قيل: لا يعتق؛ لأن اسم العبيد لا يقع على الواحد.

قلت: وفيما قاله نظر، ويلزمه أنه لو قال: زوجاتي طوالق، وليس له إلا زوجة أو زوجتان أن يقول: لا يقع وهو بعيد.

ثم رأيت البغوي ذكر المسألة في «فتاويه» وأجاب بما أجاب به العبَّادي في الصورتين، ولم يذكر كلام القاضي.

وإنه لو قال أجنبي لأحد شريكين: أعتق نصيبك عني بكذا أو مجانًا فأعتق، وكان السائل موسرًا أعتق عليه الكل، ولزمه قيمة النصف الآخر لمالكه؛ لأن المعتق نائبه في الإعتاق، فهو كتوكيل الشريك الموسر في العتق فيجب على الموكل نصف قيمته للشريك دون الوكيل، فكذا هاهنا.

قلت: ولا يجيء في مطالبة الوكيل ما سبق في الوكالة، والله أعلم.

وإنه لو وطئ جارية أمه فأقرت الأم بأن هذا الولد من ابني فهو حر لإقرارها بالنسب، ولا تصير أم ولد له، انتهى.

قلت: وكان الغرض فيما لو وطئها بشبهة، وإلا فمجرد قولها من ابني لا

....

يقتضي النسب، ولا إقرارها به، وإنه لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر فجنى بعد التعليق ثم دخل الدار، إن قلنا: الاعتبار بحالة التعليق صار مختارًا للفداء؛ لأنه بالتعليق منعه من التسليم للبيع كالاستيلاد، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة وجب نصف الضمان على السيد، والنصف على العبد، فنحيل الحكم عليهما كما نحيل على شهود الطلاق، وشهود وجود الصفة.

وإنه لو اشترى عبدًا فأعتقه ثم أقر البائع والمشتري والعبد بأنه مغصوب لا يبطل العتق، فلو مات المعتق لاندفع ماله إلى المقر له؛ لأن العتق لم يوجد منه ثم أبدى في الدفع احتمالًا، ثم قال: إن فيه نظرًا ولا أدري لم فرض التردد في التغريم بعد الموت.

ومن «فتاوى» تلميذه البغوي: إنه لو أعتق أحد عبيده ثم مات فأقرع الورثة بينهم بأنفسهم فخرجت القرعة لأحدهم حكم بعتقه، ولو رفع الأمر إلى الحاكم بعد ذلك فأقرع ثانيًا وخرجت القرعة لآخر وحكم بعتقه فعليه أن يحكم بصحة ما فعلوا، أي: ولا ينفذ حكمه بعتق القارع ثانيًا، ولو أقرع بعض الورثة فيما بينهم فلا حكم له.

قال: وللقاضي أن يقرع من غير إذن الوارث على غفلة منه، وغفلة من العبد، وإنه لو قال: إن شفى الله مريضي فعبدي هذا حر، ثم قال: إن رد الله غائبي فعبدي هذا حر لذلك العبد، فأيهما حصل أولًا عتق، وإن وقعا معًا عتق، ولو قال: إن شفى الله مريضي أولًا فعبدي حر، وإن عاد غائبي أولًا فهو حر، فأيهما كان أولًا عتق، وإن كانا معًا لم يعتق.

ولو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أعتق هذا العبد، ثم قال بعد ذلك: إن ردَّ الله غائبي فلله عليَّ أن أعتق هذا، فانعقاد النذر الثاني على شفاء المريض، فإن شُفي وقع العتق عنه ولا يقع عن قدوم الغائب، سواء تقدم الشفاء أو تأخر عن قدوم الغائب؛ لأنه بان أنه مستحق العتاق عن الشفاء، فلا يجوز صرفه إلى غيره، وإن مات المريض بطل النذر عنه وبقي عن قدوم الغائب، فإن قَدِم وجب إعتاقه عنه وإلا فلا، ولو حصلا معًا وجب إعتاقه عن

....

الشفاء، ولو قال دفعة واحدة: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أعتق هذا، وإن عاد غائبي فكذلك، فأيهما كان أولًا وجب الإعتاق عنه.

وأنه لو أقرع بين العبيد فخرجت القرعة لواحد وحكمنا بحريته، ثم اشتبه قال: يقرع ثانيًا، بخلاف ما لو شهدا بأنه أعتق عبده سالمًا في مرض موته، وهو ثلث ماله، [وشهد آخران أنه أعتق غانمًا وهو ثلث ماله] وعرف سبق عتق أحدهما، فإن كانت إحدى الشهادتين أسبق تاريخًا، وعرف عين السابق، ثم اشتبه لا يقرع بينهم، بل يعتق من كل واحد منهم ثلثه، والفرق أن الحرية لم تثبت للسابق قطعًا، فلو أقرعنا فربما أرققنا الحر، وهاهنا القرعة ظن لا يوجب الحرية قطعًا، ويحتمل أن يقال: حكم هذه المسألة حكم تلك المسألة، وإن خرجت قرعة الحرية لواحد وعرف عين السابق ثم اشتبه، يحكم بعتق ثلث كل واحد منهم، كما في مسألة الشهادة إذا عرف السابق ثم اشتبه.

قلت: وربما سبق في مسألة الشهادة نزاع، وإن الحكم بعتق ثلث كل واحد خلاف قضية الشهادتين، فكيف يصار إليه؟ والله أعلم.

قال: ولو خرجت قرعة الحرية لواحد لكن لم نعرفه بأن قيل: أخرج بندقة باسم الحرية، فأخرج، فتلفت قبل معرفته، فحكمه حكم الشهادة لو عرف سبق أحدهما ولم تعرف عينه، فاشتبه وفيه قولان: إن قلنا: هناك يعتق من كل ثلثه فكذا هنا، وإن قلنا: يقرع، فكذا هنا، وهذا صحيح عندي، وفي نسخة: وهذا أصح عندي؛ لأن القرعة في مثل هذه المواضع تقيد الحرية قطعًا، بدليل ترتب القصاص، وجميع أحكام الحرية.

فَرْعٌ: إذا قال: أعتق عبدك هذا عني بمائة، فقال: أعتقته، ولم يقل: أعتقته عنك وقع العتق عن المستدعي وثبت العوض.

قال الإمام: ومما يعرض هنا أن المجيب لو قال: أعتقته ثم زعم أنه أراد إعتاقه عن نفسه، فالذي أراه أن ذلك مقبول منه، فخرج من ذلك أنه إن أطلق، ولم يقصد شيئًا فهو محمول على موافقة الخطاب، وإن صرفه إلى نفسه وجب

....

تصديقه فيه، وسبق عنه اختلاف جواب في نظير المسألة من الطلاق على عوض، وبيَّنا ما فيه، والظاهر أنه لا يجيء ذلك التردد هنا، والعلم عند الله تعالى.

فَرْعٌ: نقل الرافعي قبيل كتاب التدبير عن «جمع الجوامع» للروياني: إنه لو كان بين شريكين عبد فجاء أجنبي، وقال لأحدهما: أعتق نصيبك عني بكذا فأعتقه عنه فولاؤه للآمر، ويقوم نصيب الشريك على المعتق دون الآمر؛ لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو العوض الذي يحصل له، وإنه إذا قال أحد الشريكين للآخر: أعتق نصيبك عني بكذا فأعتقه عنه فولاؤه للآمر، ويقوم نصيب الآمر على المعتق، حكاه عن القاضي الطبري.

قلت: وحكى ابن الرفعة الصورة الأولى عن «البحر» و«الشامل» وغيرهما، ثم قال: وطرده الروياني فيما إذا قال لشريكه فذكر الثانية، وقال في «الروضة» بعد إيراده الصورتين.

قلت: الصواب في الصورتين أنه لا يقوم عليه؛ لأنه لم يعتق عنه، انتهى.

وهو معذور؛ لأن الآمر مشتر لنصيب المعتق، وسبق عن القاضي الحسين موافقة هذا التصويب، وهو قضية كلام «التهذيب» وغيره، وأحسبه طريقة المراوزة قاطبة، وهو الظاهر؛ لأنه نائبه في العتق فيهما كما صرح به القاضي الحسين.

وفي «الترغيب»: إن قال: أعتق نصيب عني وعلي كذا وهو موسر فأعتقه صح وسرى عليه.

فَرْعٌ: في «البسيط» وغيره: إذا طار طائر، فقال أحد الشريكين: إن كان غرابًا فنصيبي حر، وقال الآخر: إن كان حمامًا فنصيبي حر وأشكل فلا عتق؛ إذ ربما كان طائرًا ثالثًا، وإن قال الآخر: إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر، فإن كانا موسرين وقلنا تتعجل السراية عتق العبد؛ إذ لا بد أن ينفذ عتق أحدهما فيسري، لكن ليس لأحدهما مطالبة الآخر؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر،

....

قال الإمام: وإن فرعنا على أن السراية لا تتعجل لم يحكم بعتق نصيب واحد منهما، انتهى.

وإن كان أحدهما موسرًا فقط قال في «البيان» وغيره: عتق نصيب المعسر؛ لأن قوله يتضمن أن صاحبه حانث في يمينه وأن نصيبه حر، انتهى.

قال الغزالي: وإن كانا معسرين رق العبد؛ لأن كل واحد لا يستيقن عن نصيبه، والنصيبان لشخصين كعبدين، فلو اشترى أحدهما نصيب الآخر حكم بعتق نصيب العبد؛ إذ تيقن أن في يده نصفًا حرًا لما اتخذ الملك.

ولو اشترى ثالث العبد عتق عليه نصفه لما ذكرناه، ثم قال القفال: وليس له الرد عليهما ولا على أحدهما؛ إذ كل واحد يقول: ما بعت إلا ملكي، ومنهم من قال: إذا لم يعلم المشتري ذلك وقامت بينة فله الرد، وهذا بعيد؛ لأن العتق حكم به عند الشراء وهو يؤدي إلى زوال العتق المحكوم به ورده؛ إذ مهما رجع إليهما تعلق كل واحد بنصيبه.

قلت: وقال الإمام: إن هذا الوجه هوس، ولا ينبغي أن يعد مثله من المذهب، انتهى.

وهذا فرع غريب قل أن يتفطن له، وينبغي استثناؤه من مسائل الرد بالعيب، وفي النفس منه شيء، ولو قيل بتغريمهما له قيمة النصف للغرور لكان أقرب من ضياع ماله عليه بغير سبب يقتضي إهداره، والله أعلم.

فرع في «الإشراف»: قال أحدهما: إن لم يدخل الدار غدًا فنصيبي حر، وقال الثاني: إن دخلتها غدًا فنصيبي حر، فمضى الغد ولم يعلم حاله، واتفق الشريكان أنهما لا يعرفان ذلك، قال ابن سريج: إن كانا موسرين عتق العبد، والولاء موقوف، ولا قيمة لأحد في الحال، بل أقر إيجاب القيمة على الوقف.

وقال أبو علي الثقفي: يعتق على الأول والولاء له، ويغرم للثاني نصيبه؛ لأن الأصل عدم الدخول، وإن كانا معسرين فأقوال:

أحدها: يعتق الأول للأصل.

....

والثاني: يعتق نصفه على الشيوع، ويبقى نصفه بينهما على الرق، وهو يشبه قول القسمة في تعارض البينتين.

والثالث: لا يعتق منه شيء، كما لو طار طائر فقال أحدهما: إن كان غرابًا فنصيبه حر وهو معسر وقال الثاني: إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر وهو معسر، ومن قال بالوجه الأول يسلم هذا المثال، ومن قال بالثاني ربما يمنع هذا المثال، والقول الثالث نظير قول التهاتر، والوجه الأول وهو الترجيح بعدم الدخول نظير الترجيح بالقرعة في تعارض البينتين، وأحد هذين الوجهين الآخرين قياس قول ابن سريج في المسألة السابقة دون الوجه الأول.

قال أبو العباس: فإن ادَّعى كل واحد حنث صاحبه، فالبينة على مدعي دخول الدار، ويعتق نصيب من قال: لم يدخل؛ للأصل، وصورته في اعتبارهما.

قال الثقفي: وفيه قول آخر: إنه يعتق جميعه، وهذا ضعيف، فإن كانا عبدين والمسألة بحالها قال ابن سريج: لم يعتق واحد منهما؛ لأن المقضي له مجهول.

قال الثقفي: وتحتمل التسوية أنه يعتق نصف كل واحد من العبدين، ويبقى الثاني على الرق؛ لأن العبد إذا عتق إلى الباقي فيخرج وجهان:

أحدهما: يعتق على المعلق بعدم الدخول.

والثاني: لا يعتق واحد منهما، كما قال أبو العباس، انتهى. وهذا هو الظاهر، والله أعلم.

خاتمة: نسأل الله سبحانه حسنها

سكت المصنف وغيره هاهنا عن الكلام في تعليق العتق بمشيئة الله تعالى؛ اكتفاءً بما سبق في كتاب الطلاق، لما بين البابين من الاشتراك في كثير من المسائل والأحكام، وكذا عن التعليق بمشيئة نفسه ومشيئة من الناس، وقد ذكرت هناك جملة صالحة من ذلك وفوائد جمة، وتذكر ما سبق عن البغوي،

مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَدْبِيرٍ وَاسْتِيلَادٍ وَقَرَابَةٍ وَسِرَايَةٍ فَوَلَاؤُهُ لَهُ.
ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ، ....

ونص «الأم» وكلام الصيمري في قوله: إلا أن أشاء أو يبدو لي، فعل من يتفطن له على ما اقتضاه نص «الأم» وبالله التوفيق، وأسأله سبحانه الإعانة.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى: فصل هو باب الولاء، وقد بالغ الشيخ في اختصار أحكامه، وهو بفتح الواو وبالمد مشتق من الموالاة وهي: المقاربة، وقيل: النصرة، فسُميّ بذلك؛ لأنه موال لمعتقه كأحد قرابته؛ أو لأنه ينسب بالإعتاق إلى سيده الذي أعتقه كما ينسب القريب لقريبه، وإليه أشار الحديث: «**مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ**»[(١)].

وهو في الشرع: عبارة عن عصوبة متراخية عن عصوبة النسب، يرث بها المعتق ويلي أمر النكاح والصلاة، ويعقل والأصل فيه قبل الإجماع من الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] ومن السُنَّة قوله ﷺ: «**إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[(٢)] متفق عليه، وفي لفظ للبخاري: «**فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْطَى الْوَرِقَ**»[(٣)] وغير ذلك من السنن والآثار.

قال: (**مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَدْبِيرٍ وَاسْتِيلَادٍ وَقَرَابَةٍ وَسِرَايَةٍ فَوَلَاؤُهُ لَهُ**) أمَّا المباشر للعتق فلحديث: «**إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» وأمَّا غيره فقياسًا عليه.

قال: (**ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ**) أي: الأقرب فالأقرب للحديث المشهور: «**الولاء**

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٦، رقم ٦٥٧)، وقال: حسن صحيح. والنسائي (٥/ ١٠٧، رقم ٢٦١٢)، والحاكم (١/ ٥٦١، رقم ١٤٦٨)، وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٧/ ٣٢، رقم ١٣٠٢١) والطيالسي (ص ١٣١، رقم ٩٧٢)، وأحمد (٦/ ١٠، رقم ٢٣٩٢٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٤٨ رقم ١٣٠٠٦) والبخاري (٢/ ٩٨١ رقم ٢٥٨٤) ومسلم (٢/ ١١٤٢ رقم ١٥٠٤) وأبو داود (٤/ ٢١، رقم ٣٩٢٩) والترمذي (٤/ ٤٣٦ رقم ٢١٢٤) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣٠٥ رقم ٤٦٥٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢، رقم ٢٥٢١).

(٣) أخرجه البخاري (٢/ ٨٩٦، رقم ٢٣٩٩)، وأبو داود (٣/ ١٢٦، رقم ٢٩١٦)، والترمذي (٤/ ٤٣٧، رقم ٢١٢٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣٠٠، رقم ٤٦٤٢).

....

لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»[١].

قال إبراهيم المروزي: وقد روى هشام وابن حسان عن الحسن هذا الحديث، وهو مرسل، وهو أصح ما روي فيه، يعني: أنه روي من طرق هذه أصحها.

وعبارة «المحرر»: فإذا مات المعتق ولا وارث له من جهة النسب ورثه المعتق، وكذا يأخذ الفاضل عن أصحاب الفروض، فإن لم يكن المعتق حيًّا فالمال لعصبات المعتق الأقرب فالأقرب، انتهى وهذا شرح لكلام «المنهاج».

تنبيهات:

منها: يثبت الولاء مع اختلاف الدين، فلو أعتق مسلم كافرًا أو عكسه ثبت الولاء، وإن لم يتوارثا هذا هو الصواب، ونقل بعض العصريين عن القاضي عبد الوهاب المالكي أنه حكى في كتابه «رؤوس المسائل» عن الشافعي أنه قال: لا يثبت الولاء للكافر على المسلم، انتهى.

وتتبعت المسألة في كتاب عبد الوهاب المشار إليه فلم أرها فيه، فهذا النقل غلط، نعم حكي عن عبد الوهاب أنه قال في كتابه أن الشافعي قال: إن المسلم يرث عتيقه الكافر، وهو نقل منكر أيضًا مخالف للموجود في كتب الشافعي وأصحابه، وكأن ناقله توهم أن ثبوت الولاء يلزم منه الإرث بإعتاق، وعبد الوهاب يجل عن هذا، فالله أعلم بصحته.

ومنها: يجوز أن يحمل قول المصنف على ما لو باشر العتق بنفسه، أو على ما لو أعتقه وليه عنه، أو أجنبي بإذنه أو بغير إذنه، وصححناه.

وسبق قريبًا أنه لو باع عبده من نفسه وصححناه أن الولاء لسيده على ظاهر المذهب، وقيل: لا، واختاره ابن أبي عصرون في «المرشد» وقد يفهمه قول المصنف: من عتق عليه، ولهذا أورد عليه.

(١) أخرجه البخاري (٢٧٣٧).

وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مِنْ عَتِيقِهَا وَأَوْلَادِهِ وَعُتَقَائِهِ، ....

ومنها: لو شهد بحرية عبد أو أقرَّ بها ثم اشتراه عتق عليه بإقراره، وولاؤه موقوف، وهذا فيما إذا شهد أو أقرَّ بإعتاقه، أمَّا لو كان قد قال هو حر الأصل فلا، وماله حيث لا وارث له لبيت المال.

ولو أعتق المكاتب عبدًا بإذن سيده وجوزناه، أو كاتب وجوزناه، فأدى النجوم إلى المكاتب ففي ولائه قولان: أحدهما: يكون للسيد، وأظهرهما: يوقف، فإن عتق المكاتب كان له، وإن مات رقيقًا أو عجز كان لسيده، والمسألة بفروعها مذكورة هناك في المبسوطات.

ومنها: وقع في «الروضة» هنا: بأن من أعتق عن غيره بغير إذنه وقع العتق عن المعتق عنه، وله الولاء دون المعتق، وهو سبق قلم.

وعبارة الرافعي: ومن أعتق عن غيره بغير إذنه وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه، خلافًا لمالك، هذا صواب النقل، نعم في إطلاقه القول بوقوع العتق عن المعتق المباشر دون المعتق عنه نظر يعرف مما أسلفناه في الوصايا، وذكره هو هناك فيحمل إطلاقه هنا على الحي الأهل للإذن.

قال: **(وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مِنْ عَتِيقِهَا وَأَوْلَادِهِ وَعُتَقَائِهِ)** أمَّا توريثها ممن أعتقت فلحديث: «**إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[١].

وقد روى النسائي وغيره بإسناد جيد: «**إن ابنة حمزة أعتقت عبدًا لها، فمات وترك ابنته ومولاته ابنة حمزة، فقسَّم رسول الله ﷺ ماله بين ابنته ومولاته ابنة حمزة نصفين**»[٢] قال النسائي: وهو أولى بالصواب من حديث ابن أبي ليلى، وأمَّا توريثها من أولاده وعتقائه فكالرجل، ودلَّ على نفسه فيما عدا ذلك الحديث المشهور، ولا يورث، وأمَّا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ﷺ قال: «**يَرِثُ الْوَلَاءَ مَنْ يَرِثُ الْمَالَ**»[٣] رواه الترمذي وقال: إسناده

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الترمذي (٤/ ٤٢٨، رقم ٢١١٤) وقال: ليس إسناده بالقوي.

....

ليس بقوي؛ لأن فيه ابن لهيعة، وفي عمرو بن شعيب كلام.

تنبيهات:

منها: ما ذكره المصنف هو المعروف.

وقال الدارمي: لا ترث النساء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن.

وقال ابن سريج وجماعة: يرثن، والمعروف أنهن لا يرثن إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن؛ لأنه لا تعصب فيهن ولا يحملن العقل.

ومنها: كرر المصنف المسألة فقال في الفرائض: ولا ترث امرأة بولاء إلا من معتقها، أو منتميًا إليه بنسب أو ولاء، وقد يفهم من إطلاقه أنها لو أعتقت أمة فنكحت حرًّا أصليًا لا ولاء عليه فأولدها أنها ترث من أولاد عتيقها، حيث لا مزاحم لها بالنسب، وقد نقلا في «الروضة» و«أصلها» في هذه الصورة ثلاثة أوجه:

الصحيح: قال في «العمد» و«البسيط»: قال ابن سريج: وهو مذهب الشافعي أنه لا ولاء عليه لمولى الأم.

والثاني: نعم.

والثالث: إن كانت حرية الأب متيقنة بأن كان عربيًا معروف النسب، وإن كانت حريته مبنية على ظاهر الدار، أو أن الأصل في الناس الحرية، فنعم، قالا: ولو كان معتقًا والأم حرة أصلية، فالصحيح ثبوت الولاء عليه لموالي الأب، وقيل: لا ولاء عليه كعكسه، انتهى.

وقضية إيراد الهروي في «الإشراف» أنه المذهب، خلافًا للأستاذ أبي طاهر، لكن قال الرافعي: إنه ضعيف، وقال الإمام: إنه ليس بشيء، ولا اعتداد به، زاد الرافعي: وإن الأول ظاهر المذهب.

ومنها: ذكر الرافعي والمصنف أن من أمه حرة أصلية وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد، فإن أعتق الأب فهل يثبت الولاء عليه لمولى الأب؟

قال الشيخ أبو علي: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين وهما

فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ بِلَا وَارِثٍ فَمَالُهُ لِلْبِنْتِ،

محتملان: أحدهما: نعم؛ لثبوته على الأب، وإنما يثبت أولًا لرقه، والثاني: لا؛ لأنه لم يثبت ابتداء فلا يثبت بعده.

قلت: والأول هو الجواب في «تعليقي» الشيخ إبراهيم المروزي والبغوي و«التهذيب» و«الكافي» والموافق لإطلاق الجمهور، وعلى الوجهين يثبت الولاء على الأولاد الحادثين بعد العتق، إلا إذا قلنا بالوجه الضعيف أن ولد الحرة الأصلية لا ولاء عليه، والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ بِلَا وَارِثٍ فَمَالُهُ لِلْبِنْتِ**) صورتها امرأة عتق عليها أبوها بشراء أو غيره، ثم أعتق الأب عبدًا، ثم مات الأب ثم مات العتيق بعده، ولا وارث له ولم يترك الأب عصبة بالنسب، فميراث العتيق للبنت لا لكونها بنت معتقه؛ لأن بنت المعتق لا ترث، بل لأنها معتقة المعتق، وإن كان للأب عصبة من النسب وإن بعد، فميراث العتيق له ولا شيء للبنت؛ لأن المعتق ومعتق المعتق يتأخر عن عصبة النسب.

قال الشيخ أبو علي: سمعت بعض الناس يقول: قد أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاض، قال في «الوسيط»: فضلًا عن غيرهم؛ لأنهم رأوها أقرب، وهي عصبة له بولائها عليه.

قلت: واستبعد المتأخرون صحة ذلك لكثرة العدد وبعد التوارد منهم على الغلط، ولا بعد في ذلك إذ لم يقل أنهم اجتمعوا في عصر واحد أو في قطر واحد، وكان القضاة العلماء والفضلاء إذ ذاك كالنجوم كثرة.

وحكي أن العام الذي حج فيه الإمام أحمد البيهقي والأستاذ أبو القاسم القشيري وإمام الحرمين اشتمل الحجيج على أربعمائة نفس من قضاة المسلمين وأئمتهم اجتمعوا في الحرم، وإذا اتفق هذا كله في رحلة واحدة فما الظن بعصر أو أعصار، فليبك التالي على العلم وانقراض أهله.

فَرْعٌ: اشترى أخ وأخت أباهما فعتق عليهما ثم إنه أعتق عبدًا ومات العتيق بعد موت الأب وخلف الأخ والأخت فميراثه للأخ فقط؛ لأنه عصبة المعتق

وَالْوَلَاءُ لِأَعْلَى الْعَصَبَاتِ.

من النسب والأخت معتقة، بل لو كان الأخ قد مات قبل أبيه وخلف ابنًا أو ابن ابن وإن سفل، أو كان للأب المعتق ابن عم بعيد، فهو أولى من البنت، ولو مات هذا الابن بعد موت الأب ولم يخلف إلا أخته فلها نصف ميراثه بالأخوة ونصف الباقي؛ لأن لها نصف ولاء الأخ لإعتاقها نصف الأب، فيسترسل الولاء على أولاده، ويكون لها نصف ولاء الأخ، وللأخ نصف ولائها، فيجتمع ثلاثة أرباع الميراث، ولو مات الأب ثم مات الابن ثم مات العتيق ولم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضًا، النصف لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف الباقي لثبوت ولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف أبيه، والربع الباقي في هذه والتي قبلها لبيت المال.

قال: (**وَالْوَلَاءُ لِأَعْلَى الْعَصَبَاتِ**)، عبارة «المحرر»: والولاء للكبر، مثاله: أعتق عبدًا ومات عن ابنين ثبت لهما ولاء العتيق، ثم مات أحدهما عن ابن يكون الولاء لأخيه، وإن كان ميراثه لابنه، انتهى.

وإنما كان كذلك؛ لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق كان عصبته الابن دون ابن الابن، وإنما عبر «المحرر» وغيره بأن الولاء للكبر تبركٌ واتباعٌ لألفاظ الآثار.

قال الإمام: أبو داود وأبو بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم يؤثرون الكبر من الولاء، وزاد غيره ابن مسعود بلفظ: إنهم قالوا الولاء للكبر، والكُبْر بضم الكاف وسكون الباء، ويقال: فلان كبر قومه إذا كان أقعدهم في النسب، والمراد هنا: الكبر في الدرجة والقرب دون السن، ولمَّا كان الكبر أقرب كان بالميراث أحق كالنسب.

فروع: مات المعتق عن ثلاثة بنين، ومات أحدهم عن ابن، وآخر عن أربعة، وآخر عن خمسة، فالولاء بينهم بالسوية، فإذا مات العتيق ورثوه أعشارًا؛ لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك، ولو ظهر للمعتق مالك كان ثلثه لابن الابن، وثلثه للأربعة، وثلثه للخمسة؛ لأن المال انتقل إلى آبائهم ثم من الآباء إليهم.

وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتِقِهِ وَعَصَبَتِهِ.

وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ، ....

لو أعتق عبدًا ومات عن أخ من أبوين، وآخر من الأب، فماله للأخ من الأبوين، وكذا ولاء عتيقه على المذهب، فلو مات الأخ من الأبوين وخلف ابنًا والأخ الآخر، فولاء العتيق للأخ من الأب دون ابن الأخ من الأبوين؛ لأن المعتق لو مات بدلًا عن العتيق كان عصبته الأخ من الأب دون ابن الأخ من الأبوين.

لو مات المعتق وترك ابني عم أحدهما أخ لأم، نصَّ الإمام الشافعي رضي الله عنه على أنه أولى بالولاء، بخلاف ميراث النسب؛ لأنه هناك يأخذ سدسًا، ثم الباقي بينهما، فاستحق هناك فرضًا بأخوة الأم، فلم يترجح بها وهنا لا يأخذ فرضًا فرجح بها، قاله الروياني في «التجربة» وحكاه الإمام عن القاضي أبي حامد نفسه وقال: إنه غلط عند المحققين، فإن أخوة الأم لا توجب قوة في الولاء، والوجه الحكم باستوائهما، قال الرافعي: وإذا تأملت ما ذكرناه في الفرائض علمت أن المذهب ما حكاه عن أبي حامد، وتعجبت مما ساقه الإمام هنا.

قال: **(وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتِقِهِ وَعَصَبَتِهِ)** أي: فإن لم يكونوا فالميراث لبيت المال، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال، فإنه أعتق مباشرة، وولاء المباشرة أقوى، وصورته أن تلد رقيقة رقيقًا من رقيق أو حر وأعتق الولد أو أعتق أبوه أو أمه، قال الرافعي: ويستثنى من استرسال الولاء على أولاد المعتق وأحفاده موضعان:

أحدهما: وذكر ما قدمناه.

والثاني: من أبوه حر أصلي، وذكر الصورة السابقة ذات الأوجه الثلاثة: أصحها: لا ولاء عليه؛ لأن الانتساب إلى الأب، والأب حر مستقل لا ولاء عليه، فليكن الولد مثله.

قال: **(وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ)** أي: لأنه المنعم عليه فإنه عتق بإعتاق أمه، ولا مزاحم له؛ إذ لا ولاء على الأب الرقيق.

فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ، وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ رَقِيقًا وَعَتَقَ الْجَدُّ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ، فَإِنْ أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْأَبُ رَقِيقٌ انْجَرَّ، فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ بَعْدَهُ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ، وَقِيلَ يَبْقَى لِمَوَالِي الْأُمِّ حَتَّى يَمُوتَ الْأَبُ فَيَنْجَرَّ إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ، ....

(**فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ انْجَرَّ**) أي: الولاء من موالي الأم.

(**إِلَى مَوَالِيهِ**) أي: إلى موالي الأب؛ لأن الولاء فرع النسب، والنسب إلى الآباء دون الأمهات، وأيضًا فإن الولاء والإرث به مبنيان على الأقوى فالأقوى، ولذلك ينفرد به الذكور من أولاد المعتق، وجانب الأب أقوى من جانب الأم، والانجرار من معتق الأم إلى معتق الأب مروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم، والمعنى فيه أن ثبوت الولاء لموالي الأم كان لضرورة أنه لا ولاء على الأب، فإذا عتق وثبت الولاء زالت الضرورة فرددناه إلى موالي الأب.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ رَقِيقًا وَعَتَقَ الْجَدُّ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ**) أي: انجر أيضًا عن موالي الأم إلى موالي الجد؛ لأنه كالأب في النسب والتعصيب فجر ولاءه كالأب.

قال: (**فَإِنْ أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْأَبُ رَقِيقٌ انْجَرَّ**) أي: إلى موالي الجد، أي: على المرجح من الوجهين لما ذكرناه وكما لو مات الأب رقيقًا، قال في «البسيط» فإنه ينجر إلى معتق أب الأب بلا خلاف.

(**فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ بَعْدَهُ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ**) أي: إلى موالي الأب؛ لأن مولى الجد إنما جره رق الأب، فإذا أعتق كان مولاه أولى بالجر.

(**وَقِيلَ: يَبْقَى لِمَوَالِي الْأُمِّ حَتَّى يَمُوتَ الْأَبُ فَيَنْجَرَّ**) أي: حينئذ.

(**إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ**) لأن الأب باقٍ رقيق، والعتق فيه ممكن والولاء المجرور ينبغي أن يستقر.

تنبيهات: عبارة الكتاب فيها نقص وإبهام، وعبارة «المحرر»: وإن أعتق الجد أولًا، والأب رقيق فهل ينجر إلى موالي الجد؟ فيه وجهان: إن قلنا: نعم، وهو الأقرب فإذا أعتق الأب انجر من موالي الجد إلى مواليه، وإن قلنا:

....

لا يبقى لمولى الأم حتى يموت الأب فينجر إلى مولى الجد، انتهى.

وقال في «الشرح»: ولو عتق الجد والأب رقيق فهل ينجر من موالي الأم إلى موالي الجد فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أسلم الجد والأب حي كافر هل يحكم بإسلام الطفل؟ أظهرهما: إنه ينجر ثم قال: والثاني، وبه قال أبو علي ابن أبي هريرة والطبري: لا ينجر، وعلى هذا فلو مات الأب بعد عتق الجد فهل ينجر إلى موالي الجد بالعتق السابق؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه إنما لم ينجر لبقاء الأب رقيقًا، فإذا مات زال المانع، والثاني: لا؛ لأنه لما امتنع الجر عند العتق استقر الولاء لمولى الأم، فلا جر بعد ذلك، وهذا كما أنه إذا أسلم الجد والأب حيّ كافر، وقلنا: لا يتبعه الطفل في الإسلام، فإذا مات الأب كافرًا لا يتبعه أيضًا، ولو سبي الطفل مع أبويه وهما كافران لا يحكم بإسلامه، فإذا ماتا كافرين لا يحكم بإسلامه أيضًا؛ لدوام السبي، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي، والأول هو المذكور في «التهذيب»، انتهى.

وخلط من شرح الكتاب هنا فأخذ علة هذا الوجه الثاني من هذين الوجهين، فعلل به أصلهما المفرعان عليه، وهو الثاني في الكتاب، وساق كلام الرافعي إلى آخره، وادَّعى ابن الرفعة في «الكفاية» أن الوجه الثاني في الكتاب هو الأصح في «النهاية» ولم يذكر غير ذلك وهو سهو منه.

وعبارة «النهاية»: بعد التصوير فهل ينجر الولاء إلى معتق الجد؟ فعلى قولين مشهورين:

أحدهما إنه ينجر؛ فإن الجد أصل المولود من قبل أبيه وقد حصل العتق فيه.

والثاني: إنه لا ينجر الولاء بإعتاق الجد، فإن الأب باقٍ رقيق، والعتق فيه ممكن، فلو قلنا: لو أعتق الأب انجر من معتق الجد إلى معتق الأب فهذا ولاء مجرور غير مستقر، وهو بعيد، وإن قلنا: لا ينجر من معتق الجد إلى معتق الأب فهو بعيد، فالوجه أن نقول: لا ينجر إلى معتق الجد أصلًا، والأصح الوجه الأول، وهو أنه ينجر إلى معتق الجد، ثم ينجر منه إلى معتق الأب.

وَلَوْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ أَبَاهُ جُرَّ وَلَاءُ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ، وَكَذَا وَلَاءُ نَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْت: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَجُرُّهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

والذي تحققته من مذهب الأئمة أن الأب لو مات رقيقًا، فأعتق معتق الجد أبي الأب، فينجر الولاء من مولى الأم إلى معتق الجد وجهًا واحدًا، فإنه يستقر، ولا يتوقع فيه بعد ذلك انجرار، انتهى لفظه.

قال ابن الرفعة: ظاهر كلام «التنبيه» يفهم أن محل الوجهين إذا كان الأب حيًّا، وهو قول الشيخ أبي حامد، وقال: إن الأب لو كان ميتًا انجر الولاء قولًا واحدًا، وعلى ذلك جرى الإمام.

قلت: وادَّعى الغزالي في «بسيطه» أنه لا خلاف فيه، وقال ابن الصباغ: إن عليه أكثر الأصحاب، وقال القاضي: إن محلهما إذا كان ميتًا، فإن كان حيًّا لم ينجر قولًا واحدًا، ويجيء من مجموع الطريقتين ثلاثة أوجه حكاها في «المهذب»: ثالثها: الفرق بين أن يكون حيًّا فلا ينجر، وبين أن يكون ميتًا فينجر، وهو ما اختاره في «المرشد» يعني ابن أبي عصرون.

لو كان للعبد ولدان حران أمهما معتقة، فاشتريا أباهما دفعة واحدة، انجر ولاء نصف كل واحدة منهما إلى صاحبه، وترك النصف الآخر لمولى الأم، ذكره الرافعي على الكلام في امتناع العتق بالمرض، وهذا مفرع على طريقة الجمهور الآتية، وأمَّا على تخريج ابن سريج ومن تبعه فيبطل عنهما ولاء مولى الأم.

قال القاضي أبو الطيب: قولنا: ينجر الولاء مجاز، فإن الولاء لا ينجر، وإنما يبطل ولاء موالي الأم ويثبت ولاء موالي الأب، انتهى.

قلت: فلو انقرض بعد ذلك موالي الأب لم يرجع الولاء إلى موالي الأم، بل يحلفهم المسلمون وينتقل إلى بيت المال، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ أَبَاهُ**) يعني ولد العبد من العتيقة.

(**جُرَّ وَلَاءُ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ**) أي: بلا خلاف كما صرح به «المحرر» وغيره.

قال: (**وَكَذَا وَلَاءُ نَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ. قُلْت: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَجُرُّهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) وهذا ما صححه الرافعي في «الشرحين» وقال: إنه المنصوص وهو

....

ما عليه الجمهور من أصحابنا وغيرهم، وما أدري كيف اتفق وقوع ترجيح خلافه في «المحرر».

ونبسط الكلام في المسألة فنقول: محل الانجرار من موالي الأم إلى موالي الأب إذا عتق كما سبق مفروض فيما إذا لم يكن الولد باشره بالعتق، أمَّا لو كان بأن اشترى أباه والجد بعد رقيق فإنه يعتق عليه، ويكون ولاؤه له، وهل يكون ولاؤه باقٍ لموالي الأم أم لا؟ فيه وجهان.

قال الرافعي: **أصحهما**، وهو المنصوص: لا بل يبقى ولاؤه لموالي الأم؛ لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا لو اشترى العبد نفسه فيعتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا عتق بأداء النجوم، وإذا تعذر الجر بقي في موضعه.

والثاني: وينسب إلى تخريج ابن سريج، واختاره أبو خلف السلمي أنه ينجر، كما لو أعتق الأب غيره ثم يسقط ويصير كحر لا ولاء عليه، انتهى.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: إذا ملك هذا الولد أباه فعتق عليه كان له ولاء الأب، ويجر إليه ولاء أولاده، كانوا من أمه أو من معتقة أخرى، وهل يجر ولاءه إلى نفسه.

قال مالك والشافعي وأبو حنيفة: لا يجر وولاؤه باقٍ لموالي أمه؛ لأن الإنسان لا يكون مولى لنفسه كما لا يعقل عن نفسه، ولمولى أمه أيضًا، ولا الأب وأولاده الذين جر ولاءهم إليه؛ لأنه مولى مولاهم.

وقال ابن سريج: وهو قول عمرو بن دينار، وقياس أصل الشافعي يقتضي أن يجر ولاءه إلى نفسه من موالي أمه، فيصير كحر لا ولاء عليه.

وقال الشيخ أبو خلف الطبري: هذا هو الأصح عندي على أصله يعني الشافعي؛ لأن عتق الأب سبب يجر ولاء أولاده إلى موالي نفسه، فيبعد أن يقال: يجر ولاء بعض الأولاد دون بعض مع التساوي في الدرجة، وقولهم: لا يكون الإنسان مولى نفسه صحيح، ولكنه يصير كحر لا ولاء عليه، كمن اشترى

....

نفسه من مالكه يصح الشراء ويعتق، ولا يقال: لا يصح؛ لأن الإنسان لا يصير مالكًا لنفسه مولى لها، انتهى لفظه. واحتجاج الرافعي وغيره بأن من اشترى نفسه يكون الولاء عليه لسيده يمنعه من قال بهذا الوجه وسبق فيما أحسب التصريح به.

فروع أوردها المروزي إثر ما سبق عنه:

عبد تزوج بمعتقة وولدت بنتين منه، فاشترت إحداهما أباها وعتق عليها فلها ولاؤه، وتجر إليها ولاء أختها، وهل يجر إليها ولاء نفسها على ما ذكرنا، فإن مات الأب فللبنتين الثلثان بالنسب، والباقي للمعتقة، فإن ماتت التي لم يعتق الأب بعد موت الأب فلأختها النصف بالفرضية، والباقي لموالي أمها في قول الجمهور، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: لبيت المال.

ولو اشترت البنتان أباهما وعتق عليهما فالولاء لهما، وجر إلى كل واحدة نصف ولاء أختها، فيصير للكبرى نصف ولاء الأب ونصف ولاء الصغرى، وكذلك للصغرى نصف ولاء الأب ونصف ولاء الكبرى، ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمهما في قول الجمهور، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: نصف كل واحدة كحر لا ولاء عليه، فإن مات الأب فماله بينهما نصفان، الثلثان بالفرضية، والثاني بالولاء، فلو ماتت إحداهما بعد الأب فلأختها النصف بالفرضية، ولها نصف الباقي بجر الولاء ونصف التصرف، وهو الربع لموالي أمها في قول الجمهور، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: لبيت المال. فإن ماتت إحداهما قبل موت الأب فميراثها للأب، وإذا مات الأب بعد ذلك فللبنت الباقية النصف بالفرضية، ولها نصف الباقي بالولاء على أبيها، ونصف نصف الباقي وهو ثمن المال بما جر إليها أبوها من ولاء أختها، فيحصل للأخت الباقية سبعة أسهم من ثمانية وسهم لموالي أمها، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: الثمن لبيت المال، انتهى.

ولا يخفى عليك بعد هذا قياس ما ذكره وصور الباب وتفريعاته لا تنحصر، وبالله التوفيق.

كِتَابُ التَّدْبِيرِ

قال الشارح: وهو في اللغة: النظر في عواقب الأمور، وفي الشرع: تعليق العتق بدبر الحياة.

قال الإمام: التدبير في وضع الشرع اسم كتعليق العتق بالموت، كقوله لعبده: أنت حر بعد موتي، أو قال: دبر موتي.

وقال إبراهيم المروزي وغيره: هو في الشرع اسم لتعليق العتق دبر الموت، سُميَّ به لوقوعه دبر موته، أو لنظره في عواقب أمره، انتهى.

وكأنهم عنوا بدبر موته: عقب موته، وقول الإمام: إنه تعليق العتق بالموت أورد عليه ما لو قال: إذا مت فأنت حر قبل موتي بشهر مثلًا، فمات فجأة فهو تعليق عتق بالموت، وليس تدبيرًا؛ لأنه يعتق من رأس المال والتدبير مأخوذ من الدبر؛ لأن الموت دبر الحياة، وقيل: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعتقه، وهو راجع إلى الأول؛ لأن التدبير في الأمور مأخوذ من لفظ الدبر أيضًا، وكان معروفًا في الجاهلية فأقرَّه الشرع، وقال الماوردي: اختلف في تسميته تدبيرًا على ثلاثة أوجه:

أحدها: لأنه يعتق عليه دبر الحياة وهو آخرها.

والثاني: إنه لم يجعل تدبير عتقه إلى غيره.

والثالث: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعتقه، واختلف أصحابنا في ابتدائه على وجهين: إنه متقدم في الجاهلية أقره الإسلام على ما كان عليه في الجاهلية فصار بالإقرار شرعًا.

والثاني: إنه مبتدأ في الإسلام بنص ورد فيه عمل به المسلمون، فاستغنوا بالعمل عن نقل النص فصار بالنص شرعًا، وصار العمل على النص دليلًا، فدبر المهاجرون والأنصار عبيدًا، ودبرت عائشة أمة لها، وأجمع المسلمون على جوازه، انتهى.

قال المصنف: [صَرِيحُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعَدَ مَوْتِي، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي وَكَذَا دَبَّرْتُكَ وَكَذَا دبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدبَّرٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

وافتتح الشافعي والأصحاب الباب بالحديث المشهور من طرق: «**إن رجلًا دبر غلامًا ليس له مال فقال ﷺ: مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي**» وهو في «الصحيحين»(١).

قال: (**صَرِيحُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ**) لأنه لا يحتمل غيره وهذا شأن الصرائح وكان الأحسن أن يقول: وصريحه مثل كذا وكذا؛ لأنه قد يتوهم الحصر فيما عدده، وليس كذلك، فإنه لو قال: حررتك بعد موتي، أو إذا مت فأنت عتيق، أو محرر ونحو ذلك كان صريحًا جزمًا، وقول القائل لعبده: أنت حر أو عتيق بعد موتي... إلى آخره، وليس فيها ما يوهم الحصر، وأمَّا قول ابن الرفعة: والكتابة في التدبير أن يقول: إذا مت فأنت حر فسبق قلم.

[قال: (**أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي**)](٢).

قال: (**وَكَذَا دبَّرْتُكَ وَكَذَا دبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدبَّرٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) هذا ما نصَّ عليه الشافعي ﵁ هنا، ونص في الكتابة على أن قوله: كاتبتك على كذا لا يكفي حتى يقول: فإذا أديت فأنت حر أو ينويه، وفيهما طريقان:

إحداهما: في كل منهما قولان نقلًا وتخريجًا: أحدهما: أنهما صريحان لاشتهارهما في معنييهما كالبيع والهبة.

وثانيهما: كنايتان لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق، والمذهب تقرير النصين، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: إن التدبير مشهور لا يخفى على أحد، والكناية لا يعرفها إلا الخواص.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٤١) ومسلم (٢٣٦٠).

(٢) غير مشروح في الأصل، وشرحه الخطيب «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٢٣٠) فقال: (أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي) وَنَحْوُ ذَلِكَ كَأَنْتَ مَفْكُوكُ الرَّقَبَةِ بَعْدَ مَوْتِي؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ لَا تَحْتَمِلُ غَيْرَهُ وَهُوَ شَأْنُ الصَّرِيحِ.

....

وثانيهما: إن التدبير كان معروفًا في الجاهلية في معناه، والشرع قد قرره، ولا يستعمل في معنى آخر، والكتابة تقع على العقد المعلوم والمراسلة وعلى المخارجة، مثل: كاتبتك كل يوم بكذا، فلا بد! من التمييز أو النية، وقيل: التدبير صريح قطعًا وفي الكتابة قولان.

تنبيهات: قال الماوردي: وإذا كان التدبير صريحًا ثبت حكمه في كل من تلفظ به من عبده، سواء عرف حكمه أم لم يعرف، كصريح العتق والطلاق، انتهى.

وفي إطلاقه نظر، وينبغي أن يجيء فيه جميع ما سبق عند قول المصنف في كتاب الطلاق، وهو لفظ أعجمي، وسبق عن ابن خيران أن من لم يعرف إلا الطلاق فهو صريحه فقط، وإنه لو قال العربي: فارقتك، ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه، لا يكون صريحًا، كما جزم به الروياني، وما نحن فيه أولى بذلك؛ لأن لفظ التدبير لإرادة العتق بعد الموت لا يعرفه إلا الفقهاء، وذكر الماوردي في كتاب الكتابة عن أبي إسحاق أن الشافعي إنما جعل التدبير صريحًا في العتق من العالم، فلو كان من جاهل كان كناية، ورد عليه بأن صريح الطلاق وكنايته يستوي فيها الجاهل والعالم، كذلك التدبير، انتهى.

وفيما قاله نظر، وذكر الرافعي هناك عن الشيخ أبي حامد أن أبا إسحاق قال: لو كان الرجل حديث عهد بالإسلام، أو جاهلًا بالأحكام لا يعرف التدبير، لا ينعقد تدبيره بمجرد لفظ التدبير حتى ينضم إليه نية أو زيادة لفظ.

قلت: وهذا حق، وإن فهم فاهم أنه وجه أو طريقة غريبة، والقول بصراحة لفظ التدبير بمجرده بموضع لا يعرفه أهله، ولا اشتهر استعماله بينهم بعيد، ولو اشتهر في الاستعمال لفظ التدبير لا يفهم منه غيره كأنت بعد موتي حرام لوجه الله، وإذا مت فأنت حرام علي وإرثي ونحوهما، يشبه أن يجيء في صراحته كما أشرت إليه في العتق الخلاف المذكور في الطلاق في قوله: حلال الله علي حرام ونحوها.

وَيَصِحُّ بِكِنَايَةِ عِتْقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَخَلَّيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي.

قال: (**وَيَصِحُّ بِكِنَايَةِ عِتْقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَخَلَّيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي**) كان الأحسن، ويصح بكناية، وكنايات العتق كنايات فيه.

وقال الماوردي: وأمَّا الكناية فهو أن يقول: إذا مت فأنت حرام، أو مسيب، أو مخلي، أو مالك لنفسك... إلى نظائر هذه الألفاظ المحتملة، فإن أراد بها العتق صار تدبيرًا وإلا فلا، واعتبار الإرادة يكون مع لفظه.

قلت: ويجيء هنا ما سبق في مقارنة نيَّة كناية الطلاق، قال: ويكون السيد هو المسؤول عن إرادته هل أردت به العتق أو لم ترد؟ ولا يسأل هل أردت به التدبير أو لم ترد؟ قال: ولو أطلق هذه الألفاظ ولم يعلقها بالموت جاز أن يريد بها العتق الناجز، وأن يريد بها التدبير بعد الموت، وجاز ألَّا يريد بها واحدًا منهما، فيرجع إلى إرادته، فما ذكره فيها من شيء قبل قوله، فإن قال: أردت به التدبير، فقال العبد: بل أردت به العتق الناجز، أحلف له، ولو قال: أريد به التدبير، فقال العبد: بل أردته، لم يحلف السيد له؛ لأن التدبير ليس بلازم، بخلاف العتق الناجز.

قلت: لكن لو كان اختلافه مع الوارث أنه أراد به التدبير وأنت تعلم، أحلف له على نفي العلم، وقوله: أولًا ويكون السيد هو المسؤول عن إرادته، يفهم أن الوارث لا يسأل بعد موته، والظاهر أن العبد إذا ادعى إطلاعه على إرادته العتق أو التدبير بذلك أنه يحلف له، بل ينبغي للقاضي أن يحلفه للصبي، والمجنون، والأعجمي الذي لا يعقل، وللغائب؛ إذ ربما يعترف بذلك، فإن نكل ترك إلى أن يتأهل العبد للحلف، أو يقدم فترد اليمين عليه إن شاء، فيحلف إن غلب على ظنه إرادة السيد العتق الناجز أو التدبير، كذا خطر لي فتأمله.

فَرْعٌ: لو قال: دبرت يدك أو رجلك، فهل يصح ويكون كله مدبرًا أو يلغو؟ فيه وجهان بنيا على ما لو قال: زنت يدك أو رجلك.

قلت: ويشبه أنه كناية كما هو المذهب فيما بني عليه، ولو قال: دبرت

وَيَجُوزُ مُقَيَّدًا كَإِنْ مِتُّ فِي ذَا الشَّهْرِ أَوْ الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَمُعَلَّقًا كَإِنْ دَخَلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِى، فَإِنْ وُجِدَتْ الصِّفَةُ وَمَاتَ عَتَقَ وَإِلَّا فَلَا، ....

وجهك أو رأسك فهل يكون كقوله دبرت بدنك بالنون أو دبرتك أو كدبرت يدك؟ فيه نظر.

قال: (**وَيَجُوزُ**) أي: التدبير (**مُقَيَّدًا كَإِنْ مِتُّ فِي ذَا الشَّهْرِ أَوْ الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَمُعَلَّقًا كَإِنْ دَخَلْتُ**) أي: الدار مثلًا.

(**فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، فَإِنْ وُجِدَتْ الصِّفَةُ وَمَاتَ عَتَقَ وَإِلَّا فَلَا**) أي: لأنه لا يصير مدبرًا ما لم يدخل، وكذا لو قال: إن دخلت الدار فأنت مدبر، فإن هذا تعليق تدبير الدخول، والتدبير يقبل التعليق؛ لأنه إمَّا وصية أو تعليق عتق بصفة، وكلاهما يقبل التعليق.

قال أصحابنا: التدبير ضربان:

مطلق: وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط.

ومقيد بشرط في الموت، كأن مت حتف أنفي، أو قتلت، أو مت من مرضي هذا، أو في هذا الشهر أو العام أو المرض أو البلد أو السفر أو الحجيج أو الغزو ونحوها فأنت حر، فإن مات على الصفة المذكورة عتق لوجود المعلق عليه، وإلا فلا لعدمه.

قال الرافعي: ونقل الروياني في «جمع الجوامع» عن نصِّه في «البويطي» أنه قال: إذا قال إن مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا، فمات من مرضه، أو في سفره كان حرًّا، لكنه وصية وليس بتدبير.

ونقل القاضي ابن كج مثله عن النص، ويمكن أن يكون هذا مصيرًا إلى أن التدبير هو تعليق العتق بمطلق الموت، وأنه لا ينقسم إلى مطلق ومقيد، والظاهر الأول، وتظهر فائدة الخلاف في الرجوع على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وقال في «شرحه الصغير»: وقيل: كذا وكذا ولم يذكر النص، ثم قال: والظاهر الأول.

قلت: ولفظ «مختصر البويطي» على ما رأيته: وإن قال: أنت حر إن مت

وَيُشْتَرَطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَإِنْ قَالَ إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ اُشْتُرِطَ دُخُولٌ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي ....

من مرضي هذا، أو سفري هذا أو في عامي، فهذا وصية وليس بتدبير، انتهى.

ولم يصرح بعزوه إلى الشافعي، بل ذكره بعد قوله، قال أبو يعقوب: كذا وكذا بنحو عشرة أسطر، وظاهر السياق والعطف أنه من كلام «البويطي» نفسه، وحينئذ يحسن قول الرافعي في «الشرح الصغير»: وقيل: كذا. ورأيت الأصحاب ينسبون أشياء إلى كتاب «البويطي» وتكون من كلامه لا من كلام الشافعي، ويظن بعضهم أنها من كلام الشافعي فيصرح بنقلها عنه، والله أعلم.

تَنْبِيهٌ: قول المصنف: ومعلقًا، يفهم أن المعلق قسيم المقيد، وعبارة «المحرر»: ويجوز التدبير مطلقًا على ما صورناه ومقيدًا فذكره، ثم قال: ويجوز تعليق التدبير فذكره، وهي أحسن وأوضح، وعبر الشيخ عن ذلك بقوله: ومعلقًا، وسكت عن المطلق الذي هو قسيم المقيد اجتزاء بما صدر به الباب من أمثلته.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ**) كسائر الصفات المعلق عليها التدبير، فإن مات السيد قبل الدخول أو غيره من الصفات المعلق عليها فلا تدبير، ولغا التعليق، إلا أن يصرح بخلافه كما سنذكره.

قال: (**فَإِنْ قال: إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ اُشْتُرِطَ دُخُولٌ بَعْدَ المَوْتِ**) أي: عملًا بمقتضى تعليقه.

قال الإمام: وليس يخلو تعليق عتق العبد بالدخول بعد الموت عن احتمال من طريق المعنى، وقد رمز إليه القاضي، ثم قال: وليس من الجزم إفساد قاعدة المذهب بمثل هذا.

قال: (**وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي**) أي: الدخول بعد الموت، أي: فلا يشترط فيه المبادرة، بل متى دخل عتق؛ إذ ليس في لفظه ما يقتضي الفورية، ولو قال: إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، قال في «التهذيب»: يشترط الدخول بعد الموت، إلا أن يريد الدخول قبله، ولو قال: إذا مت فدخلت الدار، وإذا مت

وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، ....

فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما سنذكره في «التعليق» بالمشيئة.

قال: (**وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ**) أي: على الصحيح؛ إذ ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان له أن يبطله كما لو أوصى لإنسان بشيء ومات، لا يجوز للوارث بيعه، وإن كان له أن يبطله كما لو أوصى لإنسان بشيء ومات لا يجوز للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه، وقيل: للورثة بيعه؛ لأن أحد شرطي العتق لم يوجد، فصار كما لو قال: إن أكلت هذين الرغيفين فأنت حر، فأكل أحدهما لا يمتنع بيعه، هكذا قاله الرافعي، وما ذكره من توجيه الوجه الأظهر لخَّصه من كلام الإمام.

وقال الإمام في آخره: هذا منتهى ما جرى به الفكر، واعلم أن المتبادر من قولهما أن الدخول على التراخي وأنه ليس للوارث بيعه أن الدخول يبقى إلى خبرة العبد وشهوته أبدًا، وإنه لا يعرض عليه الدخول، فإن امتنع بلا عذر وترك وفيه نظر ظاهر؛ إذ قد يكون عاجزًا لا منفعة فيه ولا خدمة أصلًا فيبقى كلًا على الورثة، وقد يكون المعلق عتقهم على الدخول ونحوه بعد الموت جماعة من العبيد، ويريد الورثة القسمة والتصرف، وفي منعهم من ذلك لا إلى غاية إضرار بيِّن.

وعبارة الدارمي: إن قال فعلت كذا بعد موتي فأنت مدبر وحر وعتيق عن دبر مني، ففعله بعد موته عتق، فإن أرادوا بيعه قبل فعله فوجهان: أحدهما: لا يجوز، فيقال له: إن فعلت كذا وإلا جعلنا لهم التصرف فيك، انتهى.

وهذا متعين، ويجب تنزيل إطلاق من أطلق على ما إذا سكت الورثة عنه، ويوضح ذلك أن الإمام والرافعي شبها المسألة بقبول الموصى له الوصية.

ثم رأيته قال في كلامه على التعليق المشبه: وإذا لم نعتبر الفور فيها بعد الموت فعن القاضي أبي حامد أنه تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع فللورثة بيعه، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت يعرض عليه الدخول، وهذا كما أنه يقال للموصى له: إمَّا أن تقبل الوصية وإمَّا أن ترد، وهل للورثة بيعه قبل المشيئة وعرضها عليه؟ فيه الخلاف المذكور في الفصل السابق، انتهى.

وَلَوْ قَالَ إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ فَلِلْوَارِثِ اسْتِخْدَامُهُ فِي الشَّهْرِ لَا بَيْعُهُ.

وقد قال الأصحاب هناك: إذا لم يقبل ولم يرد خيَّره الحاكم بينهما بطلب الوارث، فإن لم يفعل حكم عليه بالإبطال، وفصَّل الماوردي فقال: إن لم يعلم فحقه في القبول إلى أن يعلم، فإذا علم فإن كان علمه عند إنفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله فوريًا، فإن قيل وإلا بطل حقه في الوصية، فأمَّا بعد علمه وقبل إنفاذ الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن القبول على التراخي ما لم يصرح بالرد، انتهى.

وعبارته هنا في نسختين، ولو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر [فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الدُّخُول] ما لم يقسم به الورثة، وصار كالموصي بعتقه، انتهى.

وفيه خلل ينبغي تحريره من أصل صحيح، وسيبين صوابه من كلامه على التعليق وبمشيئته، والله أعلم.

إشارة: كلام المصنف يشعر بأن هذه الصورة من صور التدبير المقيَّد، وليس كذلك كما سنوضحه.

قال: **(وَلَوْ قال: إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ فَلِلْوَارِثِ اسْتِخْدَامُهُ فِي الشَّهْرِ)** أي: لبقائه على ملكه.

ثم **(لَا بَيْعُهُ)** أي: لما أسلفناه من أنه ليس للوارث إبطال تعليق المورث، قال الرافعي: ولو قال: إذا مت ومضى شهر أو يوم فأنت حر، أو قال: أنت حر بعد موتي بيوم فيعتق بعد يوم من عتقه، ولا يحتاج إلى إنشاء عتق بعد الموت، خلافًا لأبي حنيفة، قال: وسياق «الوجيز» يشعر بعد هذه الصورة من التدبير المقيد، فإنه قال: والتدبير المقيد كالمطلق، وهو أن يقول: إن قتلت أو مت من مرضي هذا فأنت حر بعد موتي بيوم.

وعدَّ الصيدلاني قوله: إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، وقوله: إذا مت ومضى شهر فأنت حر من التدبير المطلق من حيث إنه لم يعتبر في نفس الموت شرطًا، والذي أورده أكثرهم أن ذلك ليس من التدبير المطلق ولا المقيد،

وَلَوْ قَالَ: إنْ شِئْت فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إنْ شِئْتَ اُشْتُرِطَتْ الْمَشِيئَةُ مُتَّصِلَةً، ....

وقالوا: مهما علق العتق بصفة بعد الموت كقوله: إذا مت وشئت الحرية، أو شاء فلان، أو إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي إذا خدمت ابني سنة، فليس ذلك بتدبير، وإنما هو كسائر التعليقات، انتهى.

ولخص في «الروضة» فقال: وهل هذا تدبير مطلق أو مقيد، أو ليس بمطلق ولا مقيد، وإنما هو تعليق ليس بتدبير، فيه أوجه: الصحيح: الثالث، وبه قال الأكثرون، انتهى.

والثاني: لا حقيقة له، وإنما أشعر به كلام «الوجيز» فقط، بخلاف «الوسيط» و«البسيط» و«النهاية» ولم أره في غيرها؛ فالله أعلم، وربما يأتي عن «تعليق» البغوي ما يشهد «للوجيز».

فروع: قال الماوردي: لو قال إن دفعت إلي عشرة دنانير فأنت مدبر، صار مدبرًا بدفع جميعها لا أكثرها، ولو قال: إذا قرأت القرآن فأنت مدبر اعتبر قراءة جميعه، فلو قرأه إلا آية لم يصر مدبرًا، فإن قال: قرآنًا صار مدبرًا بقراءة آية منه، ولو علق تدبيره بعشر صفات مثلًا لم يثبت بوجود تسع، بل لا بد من استكماله في حياة سيده، انتهى.

وهذا كله متفق عليه، ومسألة القراءة نص «الأم» والفرق التعريف وقول الماوردي ولو آية يشعر بعدم اعتبار بعض آية، وإن طال وأنه يكفي قراءة آية قصيرة كقوله تعالى: ثم نظر، وفيه نظر، وينبغي أن يعتبر قراءة ما يتميز كونه قرآنًا حتى لا تكفي البسملة ولا الحمد لله رب العالمين بمفردها، ولم يحك الرافعي ولا الروياني عن النص ولو آية، ولفظ نص «البويطي»: فقرأ شيئًا من القرآن، انتهى فالله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قال: إنْ شِئْت فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إنْ شِئْتَ اُشْتُرِطَتْ الْمَشِيئَةُ مُتَّصِلَةً**) أي: على الصحيح، كما لو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، وقيل: لا يشترط الاتصال فيهما كما لو قال: إن دخلت الدار.

وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ فَلِلتَّرَاخِي.

وعبارة «تعليق» البغوي عنه: وفيه وجه أنه يمتد امتداد المجلس كخيار المجلس.

وعبارة «الحاوي»: والثاني تعتبر مشيئة الجواب في التخيير، فعلى هذا إن شاء في المجلس من غير أن يشرع في غيره ينعقد تدبيره، وإن شرع في غيره، أو قام من مجلسه لم ينعقد، فلو قال العبد في المجلس: قد شئت، ثم قال: لست أشاء، انعقد به تدبيره بالمشيئة الأولى، ولم يبطل بتركه لها، ولو قال ابتداء: لست أشاء، ثم قال: شئت، يبطل التدبير، ولو لم يثبت بالمشيئة الثانية اعتبارًا، وأسبقهما منه، انتهى.

وقد يخرج مما تقدم أربعة أوجه والمحقق منها ثلاثة.

قال: (**وَإِنْ قال: مَتَى شِئْتَ**) أي: أو مهما شئت ونحوهما.

(**فَلِلتَّرَاخِي**) أي: لتصريحه بمقتضاه، فمتى شاء صار مدبرًا، وفي الحالتين يشترط المشيئة في حياة السيد كسائر الصفات المعلق عليها، إلا إذا علق صريحًا بالمشيئة بعد الموت كما سنذكره.

قال الماوردي في هذه الحالة: وهي كون المشيئة متراخية في حياة السيد، فقال في حياته: قد شئت، ثم قال: لست أشاء، ثم قال: شئت، ثبت التدبير بالمشيئة، ولم يبطل بالرجوع المتأخر، ولو قال: لست أشاء، ثم قال: شئت، ثبت التدبير بالمشيئة المتأخرة، ولم يبطل بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم؛ لأن المشيئة هنا على التراخي، فراعينا وجودها متقدمة ومتأخرة، وهناك على الفور فراعينا ما تقدم، انتهى.

فروع ملخصة من الرافعي: إذا علق بمشيئته بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئته بعده، ثم ينظر في لفظ التعليق، إن قال: أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت، أو اقتصر على قوله: إن شئت، وقال: أردت بعد العتق، قال الإمام: لا يشترط الفور بلا خلاف؛ لأنها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبر وقوعها بعد الموت لم يكن لاشتراط اتصالها بالموت معنى.

....

وفي «التهذيب» وغيره ذكر وجهين فيما إذا قال: إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر أن المشيئة تكون على الفور أو التراخي والصورة كالصورة.

قلت: وفي «الحاوي»: أَنْتَ حُرٌّ إِذَا مُتُّ إِنْ شِئْتَ، كَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ تُعْتَبَرُ مَشِيئَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ عَلَى الْفَوْرِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ، فَلَوْ شَاءَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: مِنِ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ: وَسَوَاءٌ قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ، أَوْ أَخَّرَهَا، فَذَهَبَ الْبَغْدَادِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ أَرَادَ سَوَاءٌ قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ قَبْلَ الْمَوْتِ، أَوْ أَخَّرَهَا.

بِخِلَافِ قَوْلِهِ: إِذَا مُتُّ فَشِئْتَ؛ لِأَنَّ الْفَاءَ فِي الْمَشِيئَةِ تُوجِبُ التَّعْقِيبَ فَعَلَى هَذَا يُعْتَقُ، إِذَا شَاءَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ، وَيَكُونُ هَذَا تَدْبِيرًا وَلَوْ لَمْ يَشَأْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ، عَتَقَ وَكَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَذَهَبَ الْبَصْرِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ أَرَادَ، سَوَاءٌ قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ فِي لَفْظِهِ أَوْ أَخَّرَهَا وَتَكُونُ مَشِيئَةً مُعْتَبَرَةً بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَا تَأْثِيرَ لَهَا قَبْلَ الْمَوْتِ فَإِنْ شَاءَ بَعْدَ الْمَوْتِ عَتَقَ، وَإِلَّا رَقَّ لِلْوَرَثَةِ، انتهى.

قال الرافعي: ولو قال: إذا مت فشئت فأنت حر، فأصح الوجهين وبه أجاب أكثرهم: إنه يشترط اتصال المشيئة بالموت، والثاني: لا، كما لو قال: إن شئت وأراد إيقاع المشيئة بعد الموت، وصححه الصيدلاني.

قلت: وقال الماوردي بعد التصوير: ومشيئته معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه بموته، وهل تكون مشيئته مشيئة قبول أو مشيئة تخيير؟ على ما ذكرناه من الوجهين، ولا يكون هذا تدبيرًا، وإن كان الموت شرطًا في عتقه؛ لأن التدبير هو العتق الواقع بالموت، وهذا عتق يقع بصفة بعد الموت، انتهى.

ويجري الخلاف فيما لو قال: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر في سائر التعليقات، والصحيح اعتبار الفور متصلًا، ولو قال: إذا مت فمتى شئت ونحوها فأنت حر لم يشترط اتصالها بلا خلاف، كذا أطلق الرافعي.

وقال الماوردي: كانت مشيئة بعد الموت على التراخي ممتدة إلى أن يشرع الورثة في تنفيذ الوصايا وقسمة الميراث، فتصير مشيئته على الفور معتبرة

....

بجواب التخيير وجهًا واحدًا، ولا يعتبر فيه فور القبول، فمتى شاء في مجلس تخييره عتق وإلا رق إن أخَّر، انتهى.

وإذا وقف عتقه على مشيئته فنفقته من كسبه إن كان كسوبًا، فإن شاء عتق، وعن القاضي أبي الطيب: إن ما يبقى من كسبه يكون على قولين ككسب الموصى به قبل القبول، قال الشيخ أبو نصر: عندي أن الفرق بينهما ظاهر، وينبغي أن يكون الكسب هاهنا للورثة قولًا واحدًا، كذا ذكره الشاشي.

ولو قال: إذا مت فأنت حر إن دخلت الدار، فإن كانت له نية تقديم أو تأخير اعتبرت، وإن أطلق فأظهر الوجهين: حمله على الدخول بعد الموت.

قال الرافعي: ولو قال: إذا مت فأنت حر إن شئت أو إذا شئت، أو قال: أنت حر إذا مت إن شئت، فإن قال أردت به المشيئة في الحياة أو بعد الموت اعتبرت إرادته وإن قال: أطلقت فأصح الأوجه، وبه أجاب الأكثرون منهم العراقيون حمله على المشيئة بعد موته، وتكون على الفور، وقضية ما في «الوجيز» أنه لا يشترط الفور.

قلت: إنما أجاب به بعض العراقيين، وقال الإمام: إنه الذي صححه العراقيون، وعليه لا يشترط أن تكون المشيئة عقب الموت، زاد ابن الرفعة، ويجيء فيه وجه، انتهى.

وسبق نقل الماوردي عن البغداديين، وهو مقالة أخرى.

وثانيهما: حمله على مشيئته في الحياة، وبه جزم القاضي الحسين، وقال الإمام: إنه متجه، ويعتبر على الفور على الظاهر.

وثالثها: لا يحصل العتق إلا أن يشاء في الحياة ويشاء بعد الموت لتردد اللفظ بين المعنيين مما لم يتحققا لم تحصل الثقة بالعتق.

قلت: وبه أجاب الجويني في «الفروق».

وقال في «البسيط» تبعًا للفوراني: إنه المشهور، وشرط الجويني في مشيئته الحياة أن تكون في المجلس، فيحتمل أن يريد الفور أو مجلس الخيار، ثم قال

....

الرافعي: وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانًا، أيعتبر الكلام بعد الدخول أم قبله؟ قال الإمام: ونشأ من هذا إشكال فيما لو قال لعبده: إن رأيت عينًا فأنت حر، والعين اسم مشترك بين الباصرة وعين الماء والدينار وأحد الإخوة من الأب والأم، ولم ينو المعلق شيئًا، فهل يعتق إذا رأى شيئًا منها؟ فيه تردد، والوجه: الحكم بالعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئتين في مسألة المشيئة، ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة كالمسألة فلا إلزام، وإن كانت وزانها فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة وحدها، وبالمشيئة بعد الموت وحدها، كما في مسألة العين، وهذا وجه وراء الوجوه الثلاثة، انتهى.

قلت: وهذا نحو ما نقله الماوردي عن البغداديين، أو هو هو، وعلى اعتبار وجود المشيئتين، وقد ادَّعى الفوراني والغزالي أنه المشهور، ويجيء أن يقال في صورة العين عند الجهل بإرادة المعلق ألَّا يعتق إلا برؤية كل ما يسمى عينًا؛ ليتحقق وجود الصفة، قال الرافعي: ومهما اعتبرت بعد الموت على الفور فأخَّرها بطل التعليق.

قلت: وفي فورها ما تقدم، وإذا لم نعتبر الفور كقوله: متى شئت، فعن القاضي أبي حامد وذكر ما قدمنا من كلامه في آخر الفصل قبله، وسبق قول الماوردي أن مشيئته المتراخية بعد الموت ممتدة إلى أن يشرعوا في تنفيذ الوصايا وقسمة الميراث... إلى آخر ما سبق عنه، ولا يخالف كلام القاضي أبي حامد، بل هو كـ«الشرح» له فيما أحسب.

فوائد وتتمات:

منها: أطلق الرافعي وغيره: إنا إذا اعتبرنا في المشيئة بعد الموت فتأخَّرت أنه يبطل التعليق، ويجب تنزيله على العالم بها المتمكن.

ومنها: وسبق قول الماوردي أن مشيئته معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه بموته، وحينئذ يقال: لو لم يعلم العبد بموت سيده وتعليقه لغيبة

....

ونحوها، ثم علم أن مشيئته لا تسقط، فإذا شاء عند علمه بموته وتعليقه اعتبرت مشيئته، وكذا لو مات السيد والعبد نائم أو مغمى عليه، أو جن عند موت السيد، ثم استيقظ وأفاق وعلم فشاء على الفور صحت مشيئته.

ومنها: ذكر الدارمي أنه إن قال: إذا مت فشئت أو وشئت أو ثم شئت أو إن شئت بعد موتي فأنت حر ونحوه، فإن شاء عقب موته عتق، ومشيئته قبله لا تؤثر ولا بعده بزمان، إلا أن يقول: إذا مت فمتى شئت فأنت حر، انتهى.

وما قاله في غير شئت منازع فيه، والتسوية بينها وبين ثم بعيد.

ومنها: قال الماوردي: لو قال السيد: إن شاء زيد فأنت حر إذا مت، أو متى ما شاء زيد فأنت حر متى مت، فمشيئة زيد على التراخي قبل موت السيد، ويستوي في مشيئته حكم إن وإذا ومتى بخلاف تعليقه بمشيئة العبد الذي يختلف فيها حكم إن وإذا ومتى، والفرق أن التعليق بمشيئة زيد صفة يعتبر وجودها، فاستوى فيها قريب الزمان وبعيده وتعليقه بمشيئة العبد تمليك أو تخيير، فاختلف فيه قريب الزمان وبعيده.

ومنها: ذكروا في تعليق الطلاق بمشيئة الزوجة وغيرها من مكلف وصبي ومجنون وبهيمة فروعًا وتفاصيل كثيرة لم أرهم تعرضوا لها في كتاب العتق والتدبير، وقدمنا من ذلك جملة، وينبغي تأمل ذلك، ويلحق بالبابين منه ما يتوجه إلحاقه بهما.

ومن غريب ما تقدم قول الماوردي: إذا قال أنت طالق إذا شئت يكون على التراخي، فمتى شاءت طلقت؛ لأنها شرط في الوقت، وجميع الأقوات متساوية، بخلاف إن فإنها شرط في الفعل، وهو مقصور فيراعى تقديمه، ولذلك اعتبر فيها الفور، ودلَّ كلامه على أنه إذا علق بمشيئة أجنبي لا على وجه الخطاب بان أنه يشترط الفور، وبه صرح العمراني وغيره، وربما سبق.

ومنها: لو قال: إن شاء فلان وفلان فعبدي حر بعد موتي لم يكن مدبرًا إلا إذا شاءا جميعًا، وهكذا لو كانوا مائة، قال الرافعي: ولو قال: إذا مت

وَلَوْ قَالَا لِعَبْدِهِمَا : إِذَا مُتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَا ، ....

فشئت فأنت مدبر فهذا لغو؛ لأن التدبير لا يحصل بعد الموت، وهكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد.

قلت: وقد يقال في الصورة الأولى أن المعنى فأنت مدبر الآن بعد الموت حملًا لكلام المكلف على الصحة، ولا سيما إذا كان القائل يجهل أن الفاء للتعقيب.

وقد قال الدارمي: إنه لو قال: إن فعلت كذا بعد موتي فأنت مدبر ففعله بعد موته عتق.

وقال صاحب «الخصال»: صرائح ألفاظ التدبير ستة أشياء: أنت مدبر، أو أنت حر بعد موتي، أو أنت عتيق عن دبر، أو أنت حر عن دبر، أو قال: إن شئت فأنت مدبر بعد موتي، انتهى لفظه.

ومنها: في «تعليق» البغوي: لو قال: إن مت فبلغت اشترط بلوغه بعد الموت على الفور، وكذا لو قال: إن مت فدخلت الدار اشترط الدخول عقب الموت على الفور، ومن أصحابنا من قال: ليس هذا بتدبير بل تعليق عتق بالصفة بعد الموت، قال: والنص يدل على أنه تدبير.

قلت: وما ذكره عن بعض الأصحاب هو الموافق لما سبق عن الجمهور، قال: ولو قال: إذا مت وبلغت فهل يشترط بلوغه قبل موته أو بعده؟ وجهان كما قلنا في الدخول، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَا لِعَبْدِهِمَا : إِذَا مُتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَا**) أي: مرتبًا أو معًا؛ لأنهما علقا عتقه بموتهما، ثم إن ماتا ففي «كافي» الروياني وجه أن الحاصل عتق تدبير لاتصاله بالموت.

قال الرافعي: والظاهر أنه عتق بحصول الصفة؛ لتعلق العتق بموته وموت غيره، والتدبير أن يعلق العتق بموت نفسه، وإن ماتا مرتبًا فعن أبي إسحاق لا تدبير أيضًا، والظاهر أنه إذا مات أحدهما يصير نصيب الثاني مدبرًا؛ لتعلق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبي مدبر.

فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيبِهِ.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيبِهِ**) أي: لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر، نعم نصيبه بين الموتين للورثة فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك، كالاستخدام والإجارة لا يبيعه على الأصح، وفي كسبه بين موتيهما وجهان: قيل: من التركة، وأصحهما: إنه للوارث خاصة، وربما بنيا على الخلاف في جواز البيع إن جوزناه فهو للوارث وإلا فمن التركة.

تَنْبِيهٌ: لا خفاء أن للباقي من الشريكين نصيبه، وإنه لا فرق بين أن يتفق الشريكان على القول دفعة أو يتقدم قول أحدهما على قول الآخر، كما صرح به الماوردي وغيره، ولو نجز أحدهما عتق نصيبه لم يسر على الأظهر، ونص على السريان في «البويطي» وصححه في «البحر» بدليل جواز البيع، قال الماوردي: ولو قال أحد الشريكين فقط: إذا متنا فأنت حر لم تعتق حصته إلا بموتهما، سواء تقدم موته أم تأخر، لكن إن تقدم موته عتق عليه بالوصية، وإن تأخر موته عتق عليه بالتدبير، وحصة الآخر باقية على الرق، سواء تقدَّم موته أو تأخر.

فَرْعٌ: نص في «الأم»: إنهما لو قالا لعبدهما: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا مات عتقت فهو كما لو قالا: إذا متنا فأنت حر إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول، وهنا هي للآخر، وكذلك الكسب وكان أولهما موتًا أوصى بها لآخرهما موتًا، كذا نقله جماعة عن «الأم» والمحاملي في «المجموع» عن رواية المزني في «الجامع الكبير» وصرح بأن المنفعة يكون موصًا بها للثاني.

وفي «الحاوي» نحوه، وهو أنها عارية موصى بها، وفي «المهذب»: إذا قالا: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها، إلا أن المنفعة هنا تنتقل إلى الذي لم يمت إلى الورثة.

قال الفارقي: وهذا اللفظ لا يقتضي عتقه بعد موتهما، وإنما يقتضي نصيب كل واحد منهما على صاحبه بعده؛ لأن هذا من ألفاظ الوقف، وهو وقف منقطع، والانتهاء والابتداء؛ لأنه لم ينقله في الحال إلى صاحبه؛ لأنه

....

مشروط بالموت، فيصير كأنه قال: إذا مت فأنت وقف على شريكي، ويحتاج إلى تمامه، وهو أن يقول: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا متنا فأنت حر، فإن لم يقولا ذلك لم يعتق بعد موتهما.

قال: ويجب على هذا ألَّا تنتقل المنفعة إلى صاحبه؛ لأنه وقف باطل، ولكن إذا مات أو كانا قد قالا: إذا متنا فأنت حر وعتق، انتهى.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: نص الشافعي في «الكبير» على أنهما لو قالا له: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فمات أحدهما صار العبد وقفًا على الثاني، ولم يبين شرائط الوقف؛ لأن قصده من هذه المسألة جواز تعليق الوقف دون شرائط الوقف، وهذا من كلام الشافعي دليل واضح على جواز تعليق الوقف.

قال أصحابنا: هذا جواب على قولنا أن الوقف إزالة الملك إن شاء الله تعالى كالعتق، وإنه لا يثبت الوقف بالشاهد واليمين، وإن قلنا: يثبت بالشاهد واليمين ألحقنا بسائر المعاوضات، فلا يجوز تعليقه، انتهى لفظه.

فروع نختم بها الفَصْل:

قال في «الأم» لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي، أو لست بحر، أو أنت مدبر، أو لست مدبرًا أو أنت حر أولًا، لم يكن ذلك شيئًا؛ لأنه لم يقطع العتق كما لو قال: أنت طالق أولًا، كذا أورده في «الشامل» وغيره، قال في «الشامل»: لأن لفظة الاستفهام دون الإيقاع.

قلت: تقدَّم أنه لو قال: أنت طالق أولًا، على سبيل الإقرار لم يلزمه شيء، وإن ذكره في معرض الإنشاء طلقت، كذا ذكره الرافعي في كتاب الإقرار، وحينئذ يجب أن يراجع هنا ويعمل بإرادته، ويحمل النص على ما إذا أطلق أو جهلت إرادته، وسبق عن ابن القطان إطلاق القول بأنه لو قال: أنت طالق أولًا، طلقت، وقاس عليه مسألة الإقرار، فيأتي هذا الوجه في قوله: أنت حر أولًا.

....

في «التهذيب» وغيره: لو قال: إن مت فأنت حر فقتل عتق، ولو قال: إن قتلت فأنت حر فمات لم يعتق؛ لأن كل قتل موت، وليس كل موت قتلًا.

قال القاضي الحسين: إذا كان له عبد لا مال له غيره وأراد أن يكون لأحد عليه سبيل بعد موته فطريقة أن يقول: هذا حر قبل مرض موتي بيوم إن مرضت ومت، وإن لم أمرض ومت فجاءه أو سقطت من شاهق فهو حر قبله بيوم، فيصح ولا يكون لأحد عليه سبيل، ويعتق كله من رأس المال.

ونحوه قول الماوردي: إذا قال لأخيه الذي في ملكه: أنت حر في آخر أجزاء صحتي بأول أسباب موتي، ثم مات عتق من رأس المال، وورثه لتقدم عتقه في الصحة.

وحكي فيما لو قال: أنت حر في آخر أجزاء حياتي المتصل بموتي أنه يعتق من الثلث، وهل يرثه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا؛ لأنه وصية لوارث، **والثاني**: نعم لأن الوصية ما ملكت عن الموصي وهو لم يملك نفسه عنه، انتهى.

وذكر القاضي الحسين فيما لو قال: أنت حر قبل مرض موتي بيوم، فمات فجأة أنه يعتق من الثلث، قال ابن الرفعة: وفي عتقه نظر؛ لأن الشرط لم يوجد.

قلت: ولفظ «فتاوى» القاضي: ولو قال: قبل مرض موتي بيوم، فمات فجأة بعد يوم، قال: يعتبر من الثلث؛ لأنه علق بالموت، كذا في النسخ بعد، متصلًا بقوله: لو قال لعبده: أنت حر قبل مرض موتي بيوم فإذا مات لا خلاف أنه يعتق من رأس المال، ولو قال أنت حر قبل موتي بشهر، فإن مات ينظر، إن كان قبل مضي شهر من مقالته لا يعتق أصلًا، وإن مات بعد مضي شهر فأكثر من وقت اللفظ نظر، إن كان قبل موته بشهر صحيحًا عتق من رأس المال، وإن كان مريضًا فمن الثلث، ثم ذكر ما سبق، وهو كلام مظلم، والظاهر أنه وقع خلل في النقل، أو سبق لسان أو قلم، والله أعلم.

فَصْلٌ

وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ لَا يُمَيِّزُ، وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الْأَظْهَرِ، ....

فَصْلٌ:

قال: **(وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ لَا يُمَيِّزُ)** أي: لعدم أهليتهما للعقود بحال، وهذا في المجنون المطبق، أمَّا غيره فهو في حال إفاقته التامة كسائر المكلفين، فإن كان مطلق التصرف أو محجورًا بسفه وصححنا تدبيره صح تدبيره، إن اتصلت إفاقته بالموت، وإن عاوده الجنون قبله فهل يؤثر فيه؟ فيه نظر، ولم يحضرني فيه نقل.

قال: **(وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: كهبته وإعتاقه ونحوهما، هذا ما صححه المراوزة، والظاهر منهما كما قاله القاضي أبو حامد الصحة، واختاره الشيخ أبو حامد والمحاملي في «المجموع» و«المقنع» وصححها آخرون كما تقدم في الوصايا في وصيته، وجزم به ابن أبي عصرون هاهنا، وظاهر كلام الماوردي ترجيحه، فإنه أطنب في تقريره، قالوا: لأنه منع من التصرف لحظة، والحظ هاهنا في جوازه؛ لأنه إن عاش لا يلزمه ذلك، وإن مات بقي له الآخر والصواب، وجزم صاحب «الخصال» هنا بصحة تدبيره ووصيته، وقال القاضي الحسين: استرذلوا ـ يعني المراوزة ـ هذا القول، فإنه لو باع ما يساوي درهمًا بألف لم يصح، وإن كان نفعه يعود إليه.

قلت: وهذا يرده صحة تدبير السفيه، وإن كان بيعه فيما ذكره لا يصح.

قال الفارقي: الصحيح عندي الصحة، وقولهم: إنه ليس من أهل العقود يبطل بالسفيه، وتحقيقه أن قولنا: إن الصبي ليس من أهل العقود لا يراد به أنه ليس أهلًا لها حقيقة، ولكن الشرع حكم أنه ليس أهلًا لها لمعنى، وهو أنه قاصر، فالظاهر منه الخسران والتفريط، وهذا العقد لا خسران فيه، فصح منه كالسفيه، انتهى.

تنبيهات: عبارة «مجموع» المحاملي و«الحاوي»: وأمَّا الصبي المميز المراهق فاختلف قول الشافعي في تدبيره ووصيته، وكذا عبَّر غيرهما، وذلك

وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهٍ ....

يشعر بأنه لا يكفي مطلق التمييز إلا إذا راهق معه، ويحتمل ألَّا يراد بذلك التقييد، وأن المعتبر التمييز المتقدم في التخيير بين الأبوين، وفيه وقفة، والله أعلم.

سبق في الوصايا نقل طريقة قاطعة، وبها جزم الدارمي هناك: إنه لو وهب أو أوصى ثم بلغ ثم مات أنه ينفذ ذلك قولًا واحدًا، وبنى مطرده هنا، وأولى نص الشافعي في «البويطي» أنه قال: إن ثبت حديث عمر رضي الله عنه فتدبيره جائز وإلا فلا، وحديثه أنه أجاز وصية غلام له عشر سنين.

قال: (**وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهٍ**) أي: قولًا واحدًا؛ لأنه صحيح العبارة، ومحتاج إلى الثواب، ولا ضرر عليه في ذلك هذه الطريقة المرضية، وبه جزم كثيرون منهم: ابن سريج، وأبو إسحاق، وابن سلمة، ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على صحة وصيته كما سبق.

وقيل: في تدبيره قولان كالصبي المميز.

قال المحاملي: وهي أشبه بكلام الشافعي، وعن «منهاج» الجويني: إن ظاهر كلام الشافعي يوافق هذه الطريقة، وعليه اقتصر كثيرون ونقل في «الذخائر» معها بدلًا عن الأولى أنه لا يصح قولٌ واحدٌ للحجر، وهو وهم منه قطعًا، والطريقان في المحجور عليه، أمَّا غيره فإن بلغ سفيهًا مهملًا، فجزم الماوردي وغيره بصحة تصرفاته بيعًا وعتقًا وغيرهما، والصحيح: إنه كالمحجور عليه حسًّا، وأمَّا من طرأ سفهه بعد رشده ولم يتصل به حجر حاكم فتصرفاته نافذة على ظاهر المذهب إلى أن يحجر عليه الحاكم.

فروع: في تدبير من عصى بسكره الخلاف المذكور في تصرفاته، وأمَّا المعذور به لجهل أو إكراه فباطل قطعًا، هذا هو الوجه.

وقال ابن الرفعة: قال بعض أصحابنا في صحة تدبير السكران قولين كطلاقه، وقيل: إن لم يكن عاصيًا لا يصح تدبيره ولا وصيته، وإن كان عاصيًا به فعلى الخلاف.

وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ، وَتَدْبِيرُ الْمُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ، ....

قال الرافعي وغيره: تدبير المفلس المحجور عليه كإعتاقه، وقال جماعة: يصح تدبيره قولًا واحدًا، ولم يذكر ابن الرفعة سواه، وهو حسن.

قال: **(وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ)** أي: حربيًّا كان أو ذميًّا كتابيًّا أو مجوسيًّا أو وثنيًّا، ويصح تعليقه العتق بالصفة، كما يصح استيلاده، وسواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام.

قال: **(وَتَدْبِيرُ الْمُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ)** أي: إن قلنا ببقائه صح، أو بزواله فلا، أو بوقفه وقفناه، فإن أسلم بان صحته وإلا بان فساده.

قال في «البحر»: ومحل الأقوال إذا لم يحجر الحاكم عليه، أمَّا إذا عجز فهو باطل قولًا واحدًا، وبهذا قال أبو إسحاق فيما رواه الرافعي عنه، ونقل غيره عن أبي إسحاق أن تصرفه بعد الحجر باطل إلا الوصية، فإنه يصح من المحجور عليه، والتدبير في أحد القولين كالوصية، انتهى.

وقال ابن سلمة: محلها فيما بعد الحجر، أمَّا قبله فيصح قولًا واحدًا، وعلى هذا جرى الماوردي وغيره، وطرد غيرها الخلائق في الحالين، وهو ظاهر إطلاق المصنف.

وقال الدارمي: إن دبر أو أعتق بصفة مرتد قبل الحجر، فإن قلنا أزال ملكه حقيقة أو زال تصرفه لم يصح، وإن قلنا: صحيح، صح، وإن قلنا: موقوف، وقف، وإن كان بعد الحجر.

فإن قلنا: زال، لم يصح، وإن قلنا: لم يزل بأفعاله كالسفيه المحجور، فلا يصح منه إلا ما صح منه، وعتقه المنجز، كذلك فإن كانت قبل الحجر فعليها، وإن كانت بعده لم يجز، انتهى.

تنبيهان:

أحدهما: هل يصير محجورًا عليه بنفس الردة أم لا بد من ضرب الحاكم؟ فيه وجهان قال الماوردي: وبالثاني قال الجمهور.

الثاني: قال الرافعي: ذكرنا في الرِدَّة أن صاحب «التهذيب» جعل قول

وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ ارْتَدَّ لَمْ يَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

الوقف أصح، ويروي بعضهم أن الشافعي قال: أشبه الأقوال بالصحة زوال الملك بنفس الردة، وبه أقول.

قلت: هذا لفظ رواية المزني عنه في «المختصر» هاهنا، وكذا نقله شُرَّاحه وقالوا: إن القول بزوال ملكه اختيار الشافعي لا جرم.

قال الشيخ أبو محمد في «مختصر المختصر» وتابعه كثيرون منهم الغزالي في «الخلاصة»: أصح الأقوال أن تدبيره باطل وأن ملكه زائل، هذا ما رجحه الشافعي ـ رحمه الله تعالى.

وعجبٌ قول الرافعي: يروي بعضهم بصيغة تمريض مؤذنة بضعف الرواية واستغرابها.

قال: (**وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ ارْتَدَّ لَمْ يَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: بل إذا مات مرتدًا عتق العبد؛ صيانة لحق العبد عن الضياع، وكما لا يبطل بيعه وشراؤه، وهذه طريقة الجمهور.

والثاني: يبطل قطعًا، وعلى هذه الطريقة تبطل وصاياه.

والثالثة: البناء على الأقوال كما سبق التفريع، وإن أبطلنا تدبير المرتد فأسلم عاد ملكه وعاد تدبيره على أشبه الطريقتين عند الرافعي وغيره، وقيل: إنه على قول عود الحنث، وبها جزم البغوي، وإن قلنا ببقاء التدبير عتق المدبر من الثلث، وقيل: يعتق جميعه، وإن رعاية الثالث والثلثين تختص بالميراث، قال الرافعي: ويقال: إنه اختيار صاحب «الحاوي».

قلت: وهو ظاهر كلامه، فإنه قال على بقاء الملك، ويعتق المدبر بقتله على الردة كما يعتق بموته على الإسلام.

ثم رأيته قال: إذا قلنا ببقاء ملكه فالتدبير بحاله، فإن مات أو قتل مرتدًا عتق بموته إن خرج من ثلثه، وإلا فوجهان:

أحدهما: يعتق ثلثه، ويرق ثلثاه، وهو قول البصريين، وقال البغداديون: يعتق جميعه وهو الأظهر عندي؛ لأن الثالث معتبر في الميراث دون الفيء،

وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُدَبَّرُ لَمْ يَبْطُلْ، وَلِحَرْبِيٍّ حَمْلُ مُدَبَّرِهِ إِلَى دَارِهِمْ.

وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ نُقِضَ وَبِيعَ عَلَيْهِ.

وتفريع قول الوقف ظاهر، وحكى الرافعي قولًا غريبًا: إنه يبطل التدبير على قول وقف الملك.

قال: (**وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُدَبَّرُ لَمْ يَبْطُلْ**) أي: تدبيره بردته، وإن صار دمه مهدرًا لبقاء الملك فيه وكما لا تبطل الكتابة والاستيلاد بها، فلو مات السيد قبل قتله في الردة عتق، ولو التحق بدار الحرب فسبي فهو على تدبيره، ولا يجوز استرقاقه؛ لأنه إن كان سيده حيًّا فهو له، وإن مات فولاؤه له، فلا يجوز إبطاله.

قال: (**وَلِحَرْبِيٍّ حَمْلُ مُدَبَّرِهِ**) أي: إذا كان العبد كافرًا أصليًّا.

(**إِلَى دَارِهِمْ**) أي: سواء جرى التدبير في دار الحرب ثم جاء بأمان، أو في دارنا، وكذا حكم مستولدته الكافرة الأصلية، وليس له حمل مكاتبه الكافر قهرًا لظهور استقلاله بالكتابة الصحيحة.

واعلم أني قيَّدت إطلاقهم بالكافر الأصلي احترازًا من المرتد فإنه يمنع من حمله لبقاء علقة الإسلام، وكذا يمنع من حمل مكاتبه المرتد، وإن أطاعه لما ذكرته، وفي معنى المهتد ما لو انتقل العبد المدبر أو المعلق عتقه بصفة أو المكاتب أو أم الولد إلى دين آخر، وقلنا: لا يقر عليه ولا يقنع منه إلا بالإسلام، وهذا كله ظاهر، وإن لم أره صريحًا، وكنت أود لو قيل: إنه يمنع من حمل مدبره الذي يخالفه في دينه إلى دار الحرب؛ لأنه يحمله على دين نفسه، ولا سيما إذا كان طفلًا، وفي «فتاوى» ابن الصلاح ما يؤيد هذا.

قال: (**وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ نُقِضَ وَبِيعَ عَلَيْهِ**) لما في بقاء ملكه عليه من الإذلال، ولم أر هذه الصورة في «الروضة» و«أصلها» هنا، وإنما أخذها «المحرر» من «التهذيب» وظاهر كلامه الصحة ثم النقض والبيع عليه لا أنه باطل من أصله، قيل: وقد يفهم قول الرافعي في كتاب الكتابة أنه لا يصح تدبيره للمسلم، حيث قال: إنه لو أسلم عبد لذمي فكاتبه فقولان: **أحدهما**: المنع؛ لأنه مأمور بإزالة الملك، والكتابة لا تزيله، فصار كما لو دبره أو علق

وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِرًا فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعْ السَّيِّدُ فِي التَّدْبِيرِ نُزِعَ مِنْ يَدِ سَيِّدِهِ، ....

عتقه بصفة، وفيه نظر، والمسألة أخذها من «التهذيب» ولفظه:

أحدهما: الكتابة باطلة، ويباع عليه؛ لأن إزالة ملكه واجبة وبالكتابة لا يزول ملكه، كما لو ما دبره بعدما أسلم أو علق عتقه بصفة يباع عليه، انتهى.

فهذا يبين مراد الرافعي بالتشبيه المذكور، وعن القاضي الحسين أنه لا خلاف أنه لو أسلم عبد لكافر فدبره أنه يباع عليه، وحكى في «الذخائر»: في الاكتفاء بالتدبير وجهين، وغالب ظني أن بعض الأئمة نقل في الاكتفاء بتدبيره قولًا منصوصًا، وكنت أستغرب رواية «الذخائر» الوجهين.

ثم رأيت في آخر كتاب الجزية من «البسيط» تبعًا «للنهاية»: إنه إذا أسلم عبد لكافر كلفناه بيعه، فإن استولد حلنا بينهما ولا يبع، وإن دبرها فوجهان:

أحدهما: يحمل على البيع؛ لأن التدبير لا يمنع منه.

والثاني: أنَّا نحول بينهما ولا يبطل حقه من العتق كالمستولدة، وإن علق عتقها بصفة فطريقان: قيل: إنه كالتدبير، وقيل: يجبر على البيع قطعًا، ونسب الإمام الفرع إلى رواية صاحب «التقريب».

قلت: ويشبه أن يكون موضع التردد في صورة التعليق بالصفة فيما إذا تردد في وقوعها، كقدوم زيد، وكان أمدها بعيدًا، أمَّا لو كان معلوم الوجود قريب الوقت كقوله ليلًا: إذا طلع النهار فأنت حر، أو نهارًا إذا غربت الشمس فأنت حر أن يقال: يحال بينهما إلى وجودها نظرًا للعبد، وتخليصه من ذل الرق، ولا يبادر إلى بيعه، وكذا أقول فيما إذا دبره إن كان في حال صحته بيع عليه، وكذا في حال مرضه المرجو السلامة، أمَّا المخوف الميؤوس منه فينبغي أن ينزع منه، ويتربص به موته، ولا سيما إذا قطع الطب بموته منه عن قريب، فإن عوفي على خلاف الظن بيع عليه حينئذ، والله أعلم.

قال: **(وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِرًا فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعْ السَّيِّدُ فِي التَّدْبِيرِ)** أي: بما يجعله رجوعًا من قول إن اكتفينا به أو أزاله ملكه إن اعتبرنا.

قال: **(نُزِعَ مِنْ يَدِ سَيِّدِهِ)** لما في بقائه في يده من الإذلال.

وَصُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ، وَفِي قَوْلٍ يُبَاعُ.

(**وَصُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ**) أي: كما لو أسلمت مستولدته. فإن رجع بالقول وجوَّزناه بيع لا محالة، ولا يكلف بيعه قبل الرجوع في التدبير؛ لما فيه من إبطال حق العبد من العتق.

إشارة: معنى النزع من يده ما قاله المحاملي وغيره أنه يقال له: لا نقرّه بيدك، وأنت بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم يكون في يده وينفق عليه من كسبه، فإن فضل شيء كان لك وبين أن تخارجه على شيء يدفعه، انتهى.

وإن لم يكن له كسب أخذ بتسليمه إلى ثقة وألزم بنفقته.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يُبَاعُ**) أي: وينقض التدبير دفعًا لإذلال استرقاق الكافر له، واختاره المزني، وقال الإمام في موضع آخر: إنه الأصح في القياس، وبه جزم الصيمري في شرح «الكفاية» والقولان منصوصان في «الأم» وهما جاريان كما قاله الماوردي فيما إذا علَّق عتقه بصفة ثم أسلم، وجزم في «الشامل» في هذه بالإجبار على البيع، وفيه التفصيل الذي أبديته قريبًا.

ولو أوصى بعتقه بعد موته قبل على قولي المدبر، وقيل: يباع قطعًا، نقله ابن الرفعة عن «البحر» وأصل ذلك قول الماوردي: ولو أوصى بعتقه بعد موته احتمال أن يكون على قولين كالمدبر، واحتمل أن يباع قولًا واحدًا؛ لأن الوصية بعتقه أضعف من تدبيره.

قلت: ويجيء أن يقال: إن كانت الوصية في مرضه المخوف أو قرب المفارقة انتزعناه، فإن مات حملنا الورثة على بيعه، ويتعين هذا عند قطع الطب بموته عاجلًا، فإن عوفي ألزم ببيعه، فإن أبى بعناه عليه وسبق نقل الطريقين، فمن أسلم ثم علق السيد عتقه، وفيه ما يفهم التسوية بين الصورتين، وحكى بعضهم الخلاف في بيعه في الأولى قولين، والمتجه ترتيب الخلاف فيها على هذه وتلك أولى بالمنع.

تَنْبِيهٌ: قضية كلام الأئمة: إنَّا إذا اكتفينا بشيء مما سبق أن الحيلولة واجبة، وسبق أنه لو وصف صبي مميز منهم الإسلام أن الحيلولة مستحبة على

وَلَهُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ، ....

الأصح عند الشيخين وغيرهما، وظاهر النص الوجوب، فهل يأتي ذلك الخلاف هنا مطلقًا أو فيما لو كان العبد صغيرًا مميزًا، وقد حكمنا بإسلامه لإسلام أمه أم لا، ويعرف بسلطنة الملك، بخلاف الحر فيه نظر، والظاهر وجوب الحيلولة، ولو وصف الصبي المميز الرقيق الإسلام وقلنا لا يصح إسلامه استقلالًا هل يحال بينه وبين سيده لأن الظاهر استمراره عليه؟ فيه احتمال، ولم أر فيه شيئًا.

فَرْعٌ: لو أسلم المكاتب كتابة صحيحة لم يبع على الكافر لاستقلاله، فإن عجز حينئذ وقيل في بيعه قبل التعجيز قولان كالمدبر.

قال: **(وَلَهُ)** أي: وللسيد المدبر الجائز التصرف.

(بَيْعُ الْمُدَبَّرِ) أي: للحديث السابق أول الباب، وفي حكم البيع كل تصرف يزيل الملك كالهبة والوصية والوقف وغيرها، وسبق أن المذهب: إنه لا يصح رهنه.

وقال الإمام هنا: مذهب الشافعي أن التدبير لا يمنع السيد عن شيء من التصرفات التي كانت مسوغة له قبل التدبير، فله البيع والرهن والهبة وغيرها من أنواع التصرفات، انتهى.

وسواء عندنا كان التدبير مقيدًا أو مطلقًا، وسواء البيع للدين ولغير حاجة، وحديث جابر في «الصحيح» دال على ذلك، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه دبر جاريتين فكان يطأهما وهما مدبرتان.

تَنْبِيهٌ: احترزت بجائز التصرف عن الصبي والسفيه إذا صححنا تدبيرهما، فإن بيعهما لا يصح، وإنما يتعاطاه الولي على النظر لهما، هكذا أطلقه جماعة.

وقال ابن الرفعة: لو أراد بيعه لأجل إبطال التدبير لم يجز؛ لأنه لا حجر عليه فيه، كما ليس للولي أن يرجع فيه بالقول إذا جوّزناه قولًا واحدًا، نعم لو أذن له الصبي في البيع كان بيع الولي عن إذنه رجوعًا بكل حال، ذكره الماوردي.

وَالتَّدْبِيرُ تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ، ....

قلت: ورأيته في «الحاوي» ويمكن الجمع بينه وبين كلام غيره، وهذا مما يعابا به ويقال لنا.

مسألة: لا يجوز للولي فيها بيع مال الصبي إلا بإذنه، وإذا جوَّزنا الرجوع بالقول صح رجوع السفيه والصبي به على الصحيح.

فَرْعٌ: دبر رشيد ثم خرس، فإن بقي له إشارة مفهمة أو كتابة فذاك، وإلا امتنع رجوعه ولا يجوز أن يولي عليه، فيبقى العبد مدبرًا حتى يحصل للسيد إشارة مفهمة؛ لأنه مكلف رشيد فلا يولي عليه، كذا قال ابن الرفعة.

وعبارة «الشامل»: وإن لم يكن له كتابة ولا إشارة مفهومة بقي العبد على تدبيره، ولا ينصب له ولي في الرجوع عن التدبير؛ لأنه مكلف رشيد لا حاجة به إلى الرجوع، وهذه العبارة أحسن، ويؤخذ من قوله: ولا حاجة به إلى الرجوع أنه لو احتاج إليه في نفقة واجبة له أو لعياله يباع عليه.

وفي «الأم» إشارة إليه، وقولهم: رشيد، يفهم بأنه لا ينصب له قيم في أمواله، وفيه وقفة؛ لا سيما إذا آيس من برئه، وظهر مبادئ ضياع أمواله، بل المتجه أن ينصب الحاكم له قيمًا فيها؛ لأنه بقى كالأبله، ولو ترك مهملًا مع عجزه الظاهر عن التصرف فيها لضاعت، وقد قالوا: لو خرس في مجلس البيع ولم يبق له إشارة ولا كتابة أن الحاكم ينصب نائبًا عنه، والمسألة في «الأم» وليس فيها ذكر لبقاء رشده، وأنه لا يولي عليه، فيجوز أن يحمل كلامهم هذا على ما إذا لم تختل أمورهم بذلك، ولا أحتاج إليه لقلة ماله وبقاء فهمه وغير ذلك، ولينظر فيما لو دبر ثم جن جنونًا لا يرجى برؤه، وهل يقوم وليه مقامه في الرجوع بالبيع أو القول كالصبي وأولى؛ لأنه لا غاية للمجنون، والصبا ينصرم.

قال: (**وَالتَّدْبِيرُ تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ**) أي: نظرًا إلى الصفة، ولهذا لا يحتاج إلى إحداث تصرف أو قبول بعد الموت بخلاف الوصية.

قال الرافعي: هذا ما رجحه الأكثرون، ومنهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه، وابن كج، وقال: إنه المنصوص في أكثر كتبه الجديدة، وبه قال أبو

وَفِي قَوْلٍ وَصِيَّةٌ، فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ لَمْ يَعُدْ التَّدْبِيرُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ كَأَبْطَلْته فَسَخْتُهُ نَقَضْتُهُ رَجَعْتُ فِيهِ صَحَّ إنْ قُلْنَا وَصِيَّةٌ وَإِلَّا فَلَا.

إسحاق، ونسبه الماوردي إلى اختيار أكثر المتأخرين.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ وَصِيَّةٌ)** أي: للعبد بالعتق نظر إلى اعتباره من الثلث، وهذا ما نص عليه في «البويطي».

قال الماوردي: واختاره المزني والربيع، وممن رجحه القاضيان الطبري والروياني، والموفق ابن طاهر، والجويني في «مختصره» ومن تبعه، والغزالي في «خلاصته» ويعضده قول الشافعي في «الأم»: ولا أعلم من أدركت من المفتين اختلفوا في أن المدبر وصية من الثلث، قال الربيع: للشافعي في المدبر قولان، فذكر الأول، ثم قال: والثاني أنه وصية من الوصايا يرجع فيها باللسان كما يرجع في الوصية، وهذا أصح القولين عندي، انتهى.

قال: **(فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ لَمْ يَعُدْ التَّدْبِيرُ عَلَى الْمَذْهَبِ)** إذا زال ملكه عنه ببيع أو هبة مقبوضة، أو إصداق ونحوها ثم عاد إلى ملكه، فإن قلنا التدبير وصية لم يعد التدبير قطعًا، كما لو أوصى بشيء ثم باعه، ثم عاد إلى ملكه، وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، فعلى الخلاف في عود الحنث، وحينئذ فالأظهر لا يعود التدبير، وما اقتضاه كلام المصنف من نقل طريقين منتقد، وقوله: فلو باعه، هل يجري الخلاف المشار إليه؟ فلو باعه الولي لحاجة أو مصلحة أو الحاكم في دينه ثم عاد الملك أم لا؟ لم أر فيه تصريحًا، والظاهر أنه لا فرق، ويحتمل أن يفرق بين بيع الحاكم وغيره.

قال: **(وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ كَأَبْطَلْته فَسَخْتُهُ نَقَضْتُهُ رَجَعْتُ فِيهِ)** أي: ونحوها.

(صَحَّ إنْ قُلْنَا وَصِيَّةٌ) كسائر الوصايا.

(وَإِلَّا فَلَا) أي: وإن جعلناه تعليق عتق بصفة فلا، وإنما يرفعه إزالة ملكه عنه كسائر التعليقات، وسواء في جريان القولين التدبير المطلق والمقيد، وقيل: يختص الخلاف بالمطلق، أمَّا المقيد فلا يصح الرجوع فيه قطعًا، وقيل: على

....

الخلاف في المقيد، أمَّا المطلق فلا رجوع فيه قطعًا، ذكره الجيلي وهو غريب.

قال الرافعي: ولا خلاف أنه لو قال: اعتقوا عني إذا مت أنه يجوز الرجوع فيه بصريح لفظ الرجوع كسائر الوصايا، ولا في أنه إذا ضم إلى الموت صفة أخرى، فقال: إذا مت فدخلت الدار ولبست فأنت حر لا يجوز الرجوع بالقول، وإنما القولان في التدبير.

تنبيهات: المفهوم من كلام المصنف أن المبطل للتدبير هو زوال الملك ببيع ونحوه، لا تعريضه للزوال، ولهذا قال في «المحرر»: وإذا باعه أو وهبه وأقبضه ثم عاد إليه، وفي «التنبيه» وغيره: إنه إذا وهبه ولم يقبضه بطل التدبير، وقيل: لا يبطل.

قال ابن الرفعة: وبناه بعضهم على القولين إن قلنا وصية بطل، أو تعليق فالمبطل نقل الملك، ولم يوجد، وعن رواية الشيخ أبي علي إن جعلناه وصية بطل أو تعليقًا فوجهان، قال الإمام: ولست أعرف لهذا وجهًا.

وعلى هذه الطريقة جرى الرافعي والمصنف، وحكما بأن الأصح أنه لا يحصل الرجوع، وفي «البحر» أن بعضهم جزم بكونه رجوعًا على القولين؛ لأن الهبة قبل القبض تقتضي زوال الملك، وذكر أن هذا اختيار القاضي أبي حامد حيث قال في «الجامع» ولا يصح الرجوع عن التدبير إلا بإخراجه عن ملكه في أظهر قوليه في الجديد، وينتقض التدبير على هذا القول بكل عقد يؤدي إلى خروجه عن ملكه، وإن لم يتم فإذا وهبه هِبَةَ بَتَاتٍ قبضه الموهوب له، أو لم يقبضه رجع في الهبة، أو لم يرجع أو أوصى به لرجل أو تصدق عليه، أو قال: إن أدى بعد موتي كذا فهو حر، فهذا كله رجوع في التدبير، قال: وهذا نقله بعينه من كتاب التدبير من الأم فبطل به القول بالبناء على القولين، انتهى.

وأقره ابن الرفعة، ولفظ «الأم» بحروفه.

قال الشافعي: ولو لم يلزم سيده دين كان له إبطال تدبيره، فإن قال سيده: قد رجعت في تدبير هذا العبد، أو أبطلته أو نقضته، أو ما أشبه ذلك مما يكون

....

مثله رجوعًا في وصيته لرجل لو أوصى له به لم يكن ذلك نقضًا للتدبير، حتى يخرجه عن ملكه ذلك، وهو يخالف الوصية في هذا الموضع، ويجامع معنى الإيمان، وكذلك لو دبره ثم وهبه الرجل هِبَةَ بَتَاتٍ قبضه أو لم يقبضه، أو رجع في الهبة أو تم عليها، أو أوصى به لرجل أو تصدق به عليه، أو وقفه عليه في حياته أو بعد موته، أو قال: إن أدى بعد موت كذا فهو حر فهذا كله رجوع في التدبير ناقضًا، انتهى.

وذكر بعد هذا صورًا في معناه، فذكر أنه لو أوصى بنصفه لرجل كان النصف للموصى له به، والنصف الباقي مدبرًا، فإن رد الموصى له الوصية لم يعتق بموت السيد منه، إلا النصف؛ لأنه قد أبطل التدبير في النصف الموصى به، وكذلك لو وهب نصفه أو باع نصفه المسألة، فهذا النص كما تراه كالمصرح على قول التعليق بموافقة صاحب «التنبيه» وغيره في ترجيح أن الهبة غير المقبوضة مبطلة للتدبير، عكس ما رجحه الرافعي والمصنف وغيرهما.

فإن قلت: فقد ذكر الرافعي أن المزني احتج لجواز الرجوع عن التدبير بأنه قد نص على أنه لو قال: إن أديت إلي ورثتي كذا بعد موتي فأنت حر، كان ذلك رجوعًا لا يعتق، إلا إذا أدى ما ذكره، وإنه لو وهب المدبر ولم يقبضه وحصل الرجوع، وأجاب الأصحاب عن الأول: بأن ما ذكره تفريع على قول جواز الرجوع لفظًا، فإن لم يجوزه لم يكن رجوعًا، وإذا مات عتق المدبر، وعن الثاني: بمثل هذا الجواب.

وذكر بعضهم أنه إذا وهب حصل الرجوع على القولين وإن لم يقبضه؛ لأن إفضاء الهبة إلى زوال الملك، قال الإمام: والوجه القطع بأن مجرد الهبة لا يبطل التدبير على قولنا أتم تعليقي، نعم إذا اتصل بها الإقباض، فإن قلنا يحصل الملك عند القبض فحينئذ ينقطع التدبير، وإن قلنا يتبين إسناد الملك إلى حالة الهبة، فهل يتبين انقطاع التدبير من وقت الهبة، فيه تردد، وكذا لو فرض بيع بشرط الخيار، وقلنا: إنه يزيل الملك فهل يبطل التدبير قبل لزوم البيع؟ فيه تردد.

....

قال: وأثر ذلك أنَّا إذا قلنا: إنه لو زال الملك على وجه اللزوم وعاد، فالتدبير منقطع، فلو زال على الجواز وعاد هل يحكم بانقطاع التدبير؟ فيه تردد، والذي أطلقه صاحب «التهذيب» أن البيع بشرط الخيار يقطع التدبير على القولين، ولو باع نصف المدبر أو وهب وأقبض بطل التدبير في النصف المبيع أو الموهوب، وبقي الثاني، هذا كلام الرافعي، وهو ناص على أن الأصحاب حملوا النص المذكور على أنه مفرع على جواز الرجوع باللفظ.

قلت: كذا قاله كثيرون، وفيه نظر، والمتبادر من سياق النص ما فهمه القاضي أبو حامد ومن تبعه، وكلام المحاملي في «المجموع» والدارمي، وابن الصباغ، والعمراني لا يدل على ترجيح طريقة البناء، حيث قالوا ما حاصله: فإن وهبه ولم يقبضه قيل على القولين، وقيل: رجوع عليهما، وعليها جرى القاضي أبو الطيب، ولم أر لجمهور العراقيين ترجيحًا.

وقد قال المزني في كتاب الرهن: وقال في الكتاب الجديد آخر ما سمعناه منه: لو قال في المدبر إن أدى كذا بعد موتي فهو حر، أو وهبه هِبَةَ بَتَاتٍ قبض أو لم يقبض ورجع، فهذا رجوع في التدبير، هذا نص قوله: فقد أبطل التدبير بغير إخراج له من ملكه، انتهى.

ويبعد كل البعد أن يكون الشافعي أراد بقوله في «الأم» وكذلك لو دبره ثم وهبه لرجل آخر التفريع على قول جواز الرجوع باللفظ الذي صدر كلامه بأنه لا يكفي، ولا يحصل به الرجوع من غير فاصل بين الكلامين.

وقال في «مختصر» البويطي: والرجوع في المدبر لا يكون إلا بالبيع أو الهبة، وتحويله إلى غير ملكه، وليس الرجوع بالكلام، ولا يكون إلا أن يزول ملكه، انتهى لفظه.

وهو محتمل والمذهب نقل، وإن كان الأقيس خلاف النص، والله أعلم.

فروع: رهن المدبر هل يرفع التدبير فيه طرق:

أصحها: البناء على أنه وصية أو تعليق.

وَلَوْ عُلِّقَ مُدَبَّرٌ بِصِفَةٍ صَحَّ وَعَتَقَ بِالْأَسْبَقِ مِنَ الْمَوْتِ وَالصِّفَةِ.

وثانيها: إنه ليس برجوع على القولين، **ثالثها**: إنه رجوع عليهما، ونقل في «الترغيب» بناء الرهن والكتابة على القولين، ثم قال: وعندي أن الرهن رجوع؛ لتعريضه للبيع دون الكتابة؛ لأنه يكون مكاتبًا مدبرًا، انتهى.

قال الدارمي: فإن أوصى به فعلى القولين، وقيل: رجوع، فإن قلنا: ليس برجوع كان كمن وصى بشيء لنفسين، انتهى.

في «فتاوى» القفال: إذا قال لمدبره: إن دخلت الدار فأنت حر يكون رجوعًا، بخلاف ما لو قال: إن دخلت الدار بعد موتي لا يكون رجوعًا، انتهى.

إذا جعلناه وصية ارتفع بالعرض على البيع، وسائر ما ذكر في الرجوع عنها إلا الوطء، قال الدارمي: فإن باعه بيعًا باطلًا فعلى وجهين، ولا أثر لاستخدام وتزويج وإجارة على القولين.

قال: **(وَلَوْ عُلِّقَ مُدَبَّرٌ بِصِفَةٍ صَحَّ)** أي: وبقي التدبير بحاله، كما لو علق المدبر بصفة فإنه يجوز.

(وَعَتَقَ بِالْأَسْبَقِ مِنَ الْمَوْتِ وَالصِّفَةِ) أي: فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق، وإن مات قبلها عتق بالتدبير، هذا ما في «التهذيب» وخرج الإمام المسألة على الخلاف في الكتابة.

وكلام «الوسيط» و«البسيط» يقتضي تفصيلًا وهو: إنه إن قال: إن دخلت الدار بعد موتي فهو رجوع عن التدبير المطلق؛ لأنه ينافي تعليق الحرية بمجرد الموت.

قال الرافعي: وهذه الصورة مثل قوله: إن أديت إلى ذريتي بعد موتي كذا فأنت حر، وقد ذكرنا أنها مخرجة على الخلاف، وإن الأرجح لا يرفعه.

ثم اعلم أن التفصيل المذكور قد نسبه ناسبون إلى نصه في الأم، وادعى القاضي أبو الطيب أن قوله: إن دخلت الدار بعد موتي ونحوه يرفع التدبير على القولين، وهو كاحتجاج المزني بنصه فيما إذا قال: إن أديت بعد هذا كذا، انتهى.

وَلَهُ وَطْءُ مُدَبَّرَةٍ، وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا، فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهُ، ....

وقد بيَّنا ذلك، وسقنا نصه في «الأم» بحروفه، وقد قدَّمنا قريبًا عن «فتاوى» القفال عكس ما في «الوسيط» و«البسيط»؛ فالله أعلم.

ولو علق عتق عبده بصفة ثم دبره صح وعتق بالأسبق منهما.

قال: (**وَلَهُ وَطْءُ مُدَبَّرَةٍ**) أي: لبقاء ملكه، وصح ذلك عن ابن عمر - رضي الله عنه - كما سبق ولا خلاف فيه.

قال: (**وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا**) أي: وإن جعلنا التدبير وصية سواء عزل أم لا؛ لأنه هناك يدل على قصد الإمساك هنا إن أحيل حصل الاستيلاد، وهو تحقق مقصود التدبير على ما سيأتي بحثًا فيه.

قال: (**فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهُ**) قال الرافعي: هذا ما أورده أكثر سلف الأصحاب، وخلفهم ووجه بأن الاستيلاد أقوى فيرتفع بها، والأسبق كما يرتفع النكاح بملك اليمين، ولهذا لو دبر مستولدته لا يصح؛ لأنها تستحق العتق بالموت صحة هي أقوى من التدبير.

قال: وفي طريقة الصيدلاني أنه لا يبطل التدبير، ويكون لعتقها بموته سببان، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي مع اعتراف الإمام بأنه لا أثر لبقاء التدبير.

وقال الروياني في «الكافي»: وقيل: لا نقول ببطلان التدبير، ولكنه يدخل في الاستيلاد، كما لو طرأت الجنابة على الحدث.

قلت: وفي «تعليق» القاضي الحسين وإبراهيم المروزي هاهنا الجزم بأن الاستيلاد لا يبطل التدبير، حتى لو قال السيد: مدبري أحرار عتقت، فقد ظهر لبقاء التدبير أثر، وبهذا جزم الخوارزمي في «الكافي» وصرح الرافعي من بعد أن هذا من فوائد الخلاف، ومن آثاره البر والحنث في اليمين، وفيما لو مات السيد قبل أن تلد أو يتحقق حملها ويظهر فتأمله.

وجزم الشيخ أبو محمد في الفروق بأن استيلادها لا يبطل التدبير، وإن عتقت على حكم الاستيلاد.

وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ أُمِّ وَلَدٍ، وَيَصِحُّ تَدْبِيرُ مُكَاتَبٍ ....

قال: وفائدة ذلك أنها تستتبع أولادها قولًا واحدًا، والمدبرة التي تمحض تدبيرها لا تستتبعهم على أحد القولين، وهذه الطريقة أقوى وأغوص، ويوافقها سكوت جماعة عن بطلان التدبير.

وقوله في «البويطي»: والرجوع في المدبر لا يكون إلا بالبيع والهبة، وتحويله إلى غير ملكه، انتهى.

وقال الماوردي: قال أبو حامد: يبدل التدبير بالإيلاد وليس هذا بصحيح؛ لأنه قد طرأ على التدبير ما هو أغلظ منه، فصار داخلًا فيه وغير مبطل له، كطريان الجنابة على الحدث، تدخل فيها ولا يرتفع بها.

واختلف كلام البغوي، ففي «التهذيب» جزم ببطلان التدبير، وفي «التعليق» جرى على طريقة المراوزة، ثم قال: وقال العراقيون: من أصحابنا يبطل التدبير بالاستيلاد.

قلت: ولعل من حكم ببطلان التدبير أراد أن عتقها يكون من رأس المال، لا بطلان أثاره مطلقًا، وذلك لا نزاع فيه، وقال في «البويطي» أيضًا: ولا يكون الرجوع في المدبر إلا بالخروج من ملكه، ثم قال بعده بقائمة: ولو دبر أمه فوطئها فولدت كانت أم ولد يعتق بموته من رأس المال، انتهى.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ أُمِّ وَلَدٍ**) أنها استحقت العتق بالموت بجهة هي أقوى من التدبير.

قال: (**وَيَصِحُّ تَدْبِيرُ مُكَاتَبٍ**) كما يصح أن يعلق عتقه على صفة، فإن أدى المال قبل موت السيد أو أبرأه منه عتق بالكتابة، وفي الإبراء شيء سيأتي، وإن عجز أو عجزه السيد بطلت الكتابة وبقي التدبير، ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز عتق بالتدبير، إن وفَّى به الثلث، وحينئذ فعن الشيخ أبي حامد أنه تبطل الكتابة، قال ابن الصباغ: وعندي ينبغي أن يتبعه ولده وكسبه، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، فكما لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق وجب ألَّا يملكه بالتدبير.

وَكِتَابَةُ مُدَبَّرٍ].

قال: ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه.

قلت: وعلى ذلك جرى في «البحر» قال ابن الرفعة: وينطبق على ما أبداه ابن الصباغ احتمالًا لنفسه ما أورده البندنيجي والإمام هنا في مسألة إحبال المكاتبة بأن السيد إذا مات عتقت بموته عن الكتابة، ويتبعها كسبها؛ لأن العتق إذا وقع بالكتابة لا يبطل حكمها، كما لو باشرها به، وإذا كان الاستيلاد الأقوى لا يبطل أحكام الكتابة إذا حصل العتق بسببه، فالتدبير الذي هو ضعيف بذلك أولى، انتهى.

وأمَّا إذا لم يف الثلث بجميعه فيعتق منه ما يحتمله الثلث بسبب التدبير، ويبقى الباقي على الكتابة، ويسقط عنه من النجوم بقدر ما عتق منه إن كان النصف فنصفها أو الربع فربعها وهكذا.

قال: (**وَكِتَابَةُ مُدَبَّرٍ**) أي: ولا يبطل التدبير.

قال الرافعي: هل يرتفع التدبير بالكتابة؟ فيه وجهان مبنيان على القولين: إن جعلنا وصيه ارتفع، أو تعليقًا بصفة فلا فيكون كاتبًا مدبرًا، كما لو دبر مكاتبه.

ثم ساق ما قدمناه من تفريع الأداء وعدمه ووفاء الثلث به وقدمه، ثم قال: وهذا ما يحكى عن النص في «الأم» وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وجماعة، وزاد القاضي أبو حامد فقال: يسأل عن كتابته، فإن أراد بها الرجوع عن التدبير ففي ارتفاعه القولان، إن قال: لم أقصد بها الرجوع فهو مدبر مكاتب على القولين، ورأى ابن كج القطع بأن الكتابة ترفع التدبير كما لو باعه.

قلت: وهذا يوافق ما سبق عن القاضي أبي حامد، وتقدم عن «الأم» وأنكر الماوردي على الشيخ أبي حامد تخريج المسألة على قولين فقال: إن جعلنا التدبير في حكم العتق بالصفة لم يبطل بالكتابة، وإن جعل في حكم الوصايا قال أبو حامد: بطل.

وليس بصحيح عندي بل يكون تدبيره بعد الكتابة باقيًا، وإن جرى مجرى الوصايا ولا تكون الكتابة رجوعًا فيه؛ لأن الرجوع إبطال العتق والكتابة مفضية

....

إلى العتق، فناسبت التدبير ولم تبطله، انتهى.

ويشهد للماوردي قوله في «الأم»: وإذا دبره ثم كاتبه فليست الكتابة إبطالًا للتدبير، إنما الكتابة في هذا الموضع بمنزلة الخراج، والخراج بدل من الخدمة، وله أن يخدمه وأن يخارجه وكذلك يكاتبه إذا رضي، انتهى.

وحكى الإمام القولين عن رواية صاحب «التقريب» فيما إذا قلنا: التدبير وصية، فهل تكون الكتابة رجوعًا أم لا؟ قال ابن الرفعة: وكان قياس ما حكاه القاضي أبو حامد في «الجامع» أن يكون رجوعًا قولًا واحدًا، وإن قلنا أنها وصية؛ لأنها عقد يفضي إلى زوال الملك كالهبة قبل القبض.

وقد حكي عنه أنه قال: يسأل، وذكر ما حكاه الرافعي عنه، قال: وكان الفرق بين الهبة ونحوها وبين الكتابة أن الهبة إذا تمت بالقبض فات التدبير فلذلك أبطلته، وإن لم تقبض نظر إلى آخر الأمر، والكتابة في ابتدائها لا تزيل الملك، وإذا تمت بالأداء حصلت مقصود التدبير وهو العتق، فلم تكن منافية له حالًا ومالًا، والرجوع إنما يكون للمنافي لا بالمناسب، ولهذا رد الماوردي على الشيخ أبي حامد تخريج المسألة على قولين، وإن أجرى مجرى الوصية، انتهى.

وهذا كلام حسن فقيه، ويخرج مما ذكرناه في المسألة طرق، والشافعي ذكر مسألة الكتابة في «الأم» ولم يذكر سؤال السيد ما أراد، ثم قال متصلًا بها: ولو دبر السيد عبده ثم قال: اخدم فلانًا لرجل حر ثلاث سنين وأنت حر، فإن غاب المدبر القائل أو خرس أو ذهب عقله، قيل: يسأل لم يعتق العبد أبدًا إلا أن يموت السيد المدبر، وهو يخرج من الثلث، ويخدم فلانًا ثلاث سنين، فإن مات فلان قبل موت السيد أو بعده ولم يخدمه ثلاث سنين لم يعتق أبدًا؛ لأنه أعتقه بشرطين فبطل أحدهما، وإن سئل السيد فقال: أردت إبطال التدبير وأن يخدم فلانًا ثلاث سنين فهو حر، وإن مات فلان عتق قبل أن يخدمه العبد لم يعتق، وإن أراد الرجوع في الإخدام رجع فيه ولم يكن العبد حرًّا، فإن قال: أردت أن يكون مدبرًا بعد خدمة فلان ثلاث سنين، والتدبير بحاله لم يعتق إلا بهما معًا كما قلنا في المسألة الأولى، هذا لفظه بحروفه ﵁.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: وَلَدَتْ مُدَبَّرَةٌ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

وَلَدَتْ مُدَبَّرَةٌ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه عقد يقبل الرَّفع، فلا يسري إلى الولد كالرَّهن، وهذا ما صححه المحاملي في «المقنع» والإمام وصاحب «التنبيه» والبغوي والفارقي.

والثاني: يثبت كما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهَدي.

وقال الرافعي في «شرحه الصغير»: وهذا أظهر عند أكثرهم، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، ونسب في «الكبير» ترجيح الأولى إلى الإمام والبغوي، واختار المزني ثم قال: وأظهرهما على ما ذكر الشيخان أبو حامد والقفال وغيرهما، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، نعم؛ وعبارة «أصل الروضة»: يسري التدبير إليه على الأظهر عند الأكثرين ثم زاد: قلت: بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها، والله أعلم.

قلت: الظاهر في النسبة إلى الأكثرين التبعية كما قاله الرافعي، فإنه الذي صححه الشيخ أبو حامد وأتباعه.

قال البندنيجي: قول المنع ضعيف، واختلف ترجيح المحاملي فصحح في «المقنع» المنع، وقال في «المجموع»: الصحيح يتبعها، وبه قال عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمرو وابن عمر أيضًا ﷺ وهو قول الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم.

وقال ابن عبد البر: رُوِيَ عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وجابر، ولا أعلم لهم مخالفًا من الصحابة، انتهى.

وممن صححه من المراوزة: الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» والروياني في «حليته» وغيرهم، ولم أر ترجيح المنع لغير من قدَّمته، وسكت عن الترجيح في «الحاوي» و«الشامل» و«الاستذكار» و«البيان»

وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلًا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

و«الشافي» و«المستظهري» و«التحرير» و«الإبانة» و«العمد» و«البسيط» و«الوسيط» و«الوجيز» و«الترغيب» وإبراهيم المروزي في «تعليقه».

تنبيهات:

منها: القولان منصوصان، صرَّح به الجمهور، ثم قيل: مبنيان على القولين السابقين، إن قلنا: التدبير وصية لم يتبعها، وإن قلنا: تعليق تبعها، والصحيح، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق والجمهور كما قال الماوردي: إنهما أصل بذاته غير معنيين على شيء، بل هما جاريان على القولين جميعًا، وقيل: إن قلنا وصية لم يتبعها بلا خلاف، وإن قلنا: تعليق فهو محل القولين وقيل هما مبنيان على أن الحمل يكون تبعًا أو يأخذ قسطًا، ذكره الماوردي.

ومنها: لا خلاف نعلمه أن من ولدته قبل التدبير لا يتبعها فيه، وإنما التردد فيمن حدث بعده، وانفصل قبل موت السيد، أمَّا لو كانت حاملًا عند موته عتق معها بلا خلاف، فإن لم يتحملها الثلث عتق قدر الثلث، وإن كانت حاملًا عند التدبير فسيأتي بيانه.

ومنها: لو انفصل أحد التوأمين قبل التدبير، ثم الآخر بعده، واتفق على ذلك فهل يكونان كالمنفصلين قبل التدبير أو بالعكس أو يعطي كل حكمه وهو الأشبه؟ لم يحضرني فيه شيء، وسيأتي له نظير في البيع.

قال: (**وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلًا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: قولًا واحدًا وإن قلنا: الحمل لا يعرف كما يتبع في العتق والبيع بلا خلاف، وقيل: إن قلنا أن الحمل يعرف ـ وهو الأصح ـ فمدبر، وإلا فقولان كالولد الحادث.

قال الرافعي: وقد ذكر أن تبعية الحمل لها في التدبير ليس على سبيل السراية، ولكن اللفظ يتناوله، وإنما يعرف كونه موجودًا يوم التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير فهو حادث لا محالة، وإن ولدته لما بين المدتين فينظر ألها زوج أم لا؟ وسبق مثله مرات، وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير وأتت بولد لدون أربع سنين من الفرقة فقولان.

فَإِنْ مَاتَتْ أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا دَامَ تَدْبِيرُهُ، وَقِيلَ: إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ فَلَا، وَلَوْ دَبَّرَ حَمْلًا صَحَّ، فَإِنْ مَاتَ عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ، وَإِنْ بَاعَهَا ....

قال البغوي: أصحهما: يجعل موجودًا يوم التدبير كما في النسب.

قال: (**فَإِنْ مَاتَتْ**) أي: الأم في حياة السيد.

(**أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا**) أي: حيث نصححه بقول أو غيره.

(**دَامَ تَدْبِيرُهُ**) كما لو دبر عبدين فمات أحدهما قبله، والرجوع فيه حال اجتنابه كالرجوع بعد انفصاله.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ فَلَا**) أي: فلا يدوم تدبيره بل يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير، والخلاف فيما إذا أطلق الرجوع، فإن قال: رجعت في تدبيرها دون تدبيره فلا يخفى الحكم، وإذا رجع في تدبيرها دون الحمل ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت الرجوع فهو مدبر، أو لأكثر من ذلك، ولها زوج يفترشها لم يكن مدبرًا؛ لاحتمال حدوثه، ولو رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل وجوزنا الرجوع باللفظ ارتفع تدبيره وبقي في الأم، وقيل: لا يصح الرجوع فيه ما دام حملًا مع بقاء التدبير في الأم.

وإذا رجع السيد عن تدبير أحدهما باللفظ وجوزناه أو باع أحدهما بقي التدبير في الباقي، وإن كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما أقرع بينهما على الأصح، وقيل: يقسم العتق بينهما، وصححه البغوي في «تعليقه».

ولو دبرها حاملًا وتبعها على المذهب عند الإطلاق فاستثناه فقال: أنت مدبر دون حملك، قال الماوردي: صح الاستثناء إن ولدته قبل موته وبطل إن ولدته بعد موته؛ لأن الحرة لا تلد إلا حرًا.

قال: (**وَلَوْ دَبَّرَ حَمْلًا**) أي: بمفرده.

(**صَحَّ**) كما يصح إعتاقه، ولا يتعدى إلى الأم.

(**فَإِنْ مَاتَ**) أي: السيد.

(**عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ**) لما قدَّمناه.

قال: (**وَإِنْ بَاعَهَا**) أي: حاملًا.

صَحَّ وَكَانَ رُجُوعًا عَنْهُ.

(صَحَّ وَكَانَ رُجُوعًا عَنْهُ) أي: عن تدبيره ثم موضع الجزم بصحة البيع فيهما إذا قصد به الرجوع، فإن لم يقصده فوجهان أو فقولان كما قال الماوردي:

أحدهما: لا يصح في الولد، ويصير كأنه استثناه، وإذا لم يصح فيه لا يصح في الأم على الظاهر كبيع الحامل بِحُرٍّ، وأصحهما: الصحة.

منها: وحصول الرجوع قصده أو لم يقصده، كما لو باع مدبرة ونسى تدبيره يصح، ويحصل الرجوع.

وقال الماوردي: أصح القولين: الصحة، والثاني وهو المنصوص: البطلان؛ لأن حكم الحمل مخالف لحكم أمه.

وفي سلسلة الشيخ أبي محمد: إذا باع مدبرة حُبْلَى بمدبر فالمنصوص أنه لم ينو بهذا العقد رجوعًا عن تدبير الحمل فالبيع باطل فيهما جميعًا، وفي المسألة قول مخرج أن البيع موقوف، فإن استبان حقيقة الحمل فالبيع باطل، وإن كانت ريحًا أنفست فالبيع صحيح، وهذان القولان مبنيان على قولين فيما إذا قال لأمته الحُبْلَى من زوج أو زنا: ما في بطنك حر، ثم باعها ففي البيع قولان: أحدهما: إنه باطل، والثاني: إنه موقوف إن استيقنَّا الحمل قطعنا بالبطلان، وإن تبينَّا أنها حامل حكمنا بصحته.

فروع: إذا قلنا ولد المدبرة مدبر فقال السيد: إنما ولدتيه قبل التدبير، فقالت: بل بعده، صدق السيد بيمينه، نص عليه؛ لأن الأصل بقاء ملكه في ولدها وعدم التدبير، ولو اختلفت مع الوارث بعد موت السيد، فقال الوارث: ولدته قبل التدبير، وقالت: بعده، وعتق بموت السيد صدق الوارث بيمينه على الصحيح، وقيل: هي؛ لأنها لم تسلم للورثة يدًا ولا ملكًا، قال الماوردي: فلو نكل الوارث ردت اليمين على الأم، فإن حلفت عتق، وإن نكلت فهل يحكم برقه أو يوقف أمره ليحلف هو بعد بلوغه؟ فيه وجهان.

قال في «التهذيب»: وتسمع دعواها لولدها حسبة حتى لو كانت قِنَّة،

....

وادعت على السيد أنه دبر ولدي تسمع دعواها، ومن نظائر المسألة ما لو قال لمكاتبته: ولدتيه قبل الكتابة فهو قن لي، فقالت: بل بعدها، ويكاتب ولا بينة صدق السيد بيمينه، وقيل: هي، ورجحه ابن كج.

ولو زوَّج أَمَته من عبده ثم كاتبه ثم باعها منه وأتت بولد، فقال السيد: ولدته بعد الكتابة فهو قن، وقال المكاتب: بل بعد الكتابة والشراء، وقد تكاتب على صدق المكاتب بيمينه. وفرَّق الرافعي بأن المكاتب هاهنا يدَّعي ملك الولد لما مرَّ أن ولد أَمَته مِلكه، ويده مقرة على هذا الولد، واليد تدل على الملك، والمكاتبة هناك لا تدَّعي الملك ولا تقر يدها على الولد، وإنما تدَّعي توقف أمره وثبوت حكم الكتابة فيه، ولا دلالة للسيد على ما تدَّعيه، كذا ذكره هناك، وقوله: ولا تقر يدها على الولد وهو مورد النزاع.

وقد احتج ابن كج لما رجحه من تصديقها بأن المكاتبة تثبت لها اليد على نفسها وولدها، بخلاف المدبرة، وما ذكره في ولد المكاتب نحو ما ذكره الإمام في أواخر «النهاية»: إنه لو باع أَمَة وأتت بولد، وتنازع المتبايعان فيه، فقال البائع: ولدته قبل البيع فهو لي، وقال المشتري: بل بعده فهو لي، فمن المصدق؟ قال: كتب الحليمي إلى الشيخ أبي زيد يسأله عن ذلك فأجاب بأنه يكون للبائع؛ لأن الأصل استمرار ملكه عليه، انتهى.

قال الرافعي: وإذا تنازع السيد فعلى ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبرة عدنا إلى مسألتنا، ولو قالت المدبرة: ولدته بعد موت السيد فهو حر، وقال الوارث: بل قبل التدبير صدق بيمينه، والتنازع على هذا التصوير يجري، وإن قلنا: إنه لا يتبعها في التدبير، هكذا ذكره الرافعي.

وقال الماوردي: إذا قالت ولدته بعد موت السيد فهو حر، وقال الوارث: بل قبل موته، فهو قن، فإن قيل: إن ولد المدبرة يتبعها فلا أثر لهذا التنازع، وإن قلنا: لا يتبعها فلتنازعهما تأثير؛ لأنها تدَّعي عتقه، والوارث رقه فهذا على ضربين:

....

أحدهما: إن تقر بأنه جرى عليه في العلوق حكم الرق لولادته لدون ستة أشهر من موت السيد، فيصدق الوارث بيمينه.

والضرب الثاني: إن ينكر أنه جرى عليه في العلوق حكم الرق، وأنها علقت به في الحرية وولدته بعد موت السيد لستة أشهر فأكثر، فتصدق بيمينها؛ لأن الأصل في الناس الحرية والرق طارئ، فإن حلفت كان حرًّا، وإن نكلت فعلى وجهين:

أحدهما: ترد اليمين على الوارث إذا قيل فيما تقدم: إن نكول الوارث لا يوجب وقف اليمين.

والثاني: لا ترد اليمين عليه وتوقف اليمين على بلوغ الصبي، فإن حلف بعد بلوغه كان حرًّا، وإن نكل ردت اليمين على الوارث، وهذا إذا قيل فيما تقدم: إن نكول الوارث يوجب وقف اليمين، انتهى.

ولو كان في يد المدبر مال فقال أخذته بعد موت السيد، وقال الوارث: بل قبله فهو لي، صدق المدبر بيمينه ليده، ولو أقام الوارث بينة على أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد، فقال: كان في يدي لكنه كان لفلان فملكته بعد موت السيد، صدق المدبر أيضًا، نصَّ عليه، وعلل بأن البينة لم تتعرض إلا للسيد، وبأن البينة تشهد بيد متقدمة، ويد المدبرة ثابتة في الحال، هكذا ذكره الرافعي.

وقال الماوردي: إذا نازعه الوارث مالًا في يده فالقول قول المدبر بيمينه إن كان للوارث بينة بتقدم كسبه حكم بها ولو شاهد يمين، وهذا إذا شهدت أنه اكتسبه في حياة سيده، فأمَّا إن شهدت أن هذا المال كان في يده في حياة سيده ففي قبولها والحكم بها قولان، من اختلاف قوليه في حكم اليد المتقدمة.

أحدهما: يقبل ويحكم به للوارث.

والثاني: لا، ويكون للمدبر بيمينه.

واعلم أن عبارة غير الرافعي فيما إذا أقام الوارث بينة على أن هذا المال

وَلَوْ وَلَدَتْ الْمُعَلَّقُ عِتْقُهَا لَمْ يَعْتِقْ الْوَلَدُ، وَفِي قَوْلٍ إنْ عَتَقَتْ بِالصِّفَةِ عَتَقَ.

كان في يدها قبل موت سيدها، فادَّعت أنه كان في يدها لغيرها وأنها ملكته بعد موته من جهة مالكه، هكذا صرح به البندنيجي عن النص، وهذا الإيهام للمالك أوضح من تسميته إن كان مرادًا بخلاف تسميته كما صوره الرافعي؛ إذ قد يقال مع التسمية: إنه اعترف به لمعين فيراجع فإن صدقه فذاك، وإن كذَّبه ترجح جانب الوارث، وتأمل هذا الموضع مع ما تقدَّم في الدعاوى، فيما لو ادَّعى عينًا في يد غيره، فذكر أنها كانت لأجنبي عينه، وأنها انتقلت منه إليه إن كنا ذكرناه هناك.

قال: **(وَلَوْ وَلَدَتْ المُعَلَّقُ عِتْقُهَا لَمْ يَعْتِقْ الْوَلَدُ)** لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يتعد إلى الولد كالرهن والوصية وبهذا قطع بعضهم.

(وَفِي قَوْلٍ: إنْ عَتَقَتْ بِالصِّفَةِ عَتَقَ) أي: كولد أم الولد، ورتَّب الصيدلاني وغيره الخلاف فيها على الخلاف في ولد المدبرة، والمنع هنا أولى، والحاصل للرافعي على ترجيح عدم التبعية هنا هذا الترتيب، قال: وجعله القفال وغيره أظهر وبه قطع بعضهم. واعلم أن القولين في ولد المعلقة منصوصان في «الأم» وقضية سياق العراقيين أو أكثرهم اتحاد الترجيح فيه، وفي ولد المدبرة، وإنهما على حد واحد.

وعبارة الدارمي وغيره: وإن علَّق بصفة فولدها على القولين، وقال الماوردي: من ولدته قبل عقد الصفة مملوك، ومن ولدته بعد وجود الصفة كدخول الدار حر، ومن ولدته بعد عقد الصفة وقبل وجودها ففيه قولان كالمدبرة سواء، فلو قال لها: أنت حرة بعد موتي بسنة كان من ولدتهم في حياته على رقه، ومن ولدتهم بعد موته بسنة أحرارًا، ومن ولدتهم بعد موته وقبل مضي السنة اختلف أصحابنا فيهم، فمنهم من خرجه على قولين، وسوَّى بين عقد الصفة بعد الموت وعقدها قبله.

ومنهم من أعتقهم قولًا واحدًا، وفرق بأنه قبل الموت يجوز أن يستفيد ملكًا وبعده لا يجوز أن يستفيد ملكًا، وإن عتق الولد معها اعتبر من ثلثه، ولا يقرع بينهما، ويعتق منه بقدر ما عتق منها، وإن لم يعتق الولد معها فهل يكون

وَلَا يَتْبَعُ مُدَبَّرًا وَلَدُهُ، وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قِنٍّ.

فَصْلٌ

وَيَعْتِقُ بِالْمَوْتِ مِنْ الثُّلُثِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ الدَّيْنِ، ....

من التركة أو ملكًا للورثة؟ فيه وجهان، انتهى.

تنبيهات: لا فرق في مجيء القولين بين أن يكون التعليق بما يقع لا محالة كطلوع الشمس أو بغيره، كقدوم زيد ودخول الدار، وقيل: تخصيصهما بالتعليق بما يوجد لا محالة؛ لأنه يشبه التدبير، وفي غيره لا يتبعها بلا خلاف، قدَّمنا الكلام على التعليق بالصفة في كتاب العتق ثم هذا الخلاف فيمن يحدث حمله بعد التعليق، أمَّا الموجود عند التعليق فهو تابع قولًا واحدًا، صرَّح به ابن الصباغ وغيره هاهنا.

وإطلاق بعضهم يقتضي جريان القولين فيه، وكذا صنع المصنف في تصحيح «التنبيه» وقد بينا فيما تقدم معنى التبعية.

قال: **(وَلَا يَتْبَعُ مُدَبَّرًا وَلَدُهُ)** أي: بل يتبع أمه رقًا وحرية قطعًا.

قال: **(وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قِنٍّ)** أي: لثبوت الملك عليه، فإن جنى بما يوجب القود في النفس فاقتص منه فات التدبير أو في عضو واقتص يفي التدبير، وإن جنى بما يوجب المال أو عفي عليه فالسيد مخيَّر بين الفداء والتسليم للبيع، فإن فداه بقي التدبير ولم يفدِه فيه الخلاف السابق في القن، فإن سلمه للبيع فبيع كله بطل التدبير، فإن عاد إلى ملكه ففي عود التدبير ما سبق من الخلاف، وإن حصل الغرض ببيع بعضه بقي التدبير في الباقي، والجناية عليه كهي على القن، فإن قتل فله القود أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبدًا يدبره، وإن جنى على طرفه فلسيده القصاص أو الأرش ويبقى التدبير بحاله.

فَصْلٌ

قال: **(وَيَعْتِقُ بِالمَوْتِ مِنْ الثُّلُثِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ الدَّيْنِ)** لأنه تبرع ينجز بالموت فكان كالوصية، وقياسًا على الإعتاق في مرض الموت وأولى.

وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقًا عَلَى صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالْمَرَضِ كَإِنْ دَخَلْت فِي مَرَضِ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ عَتَقَ مِنْ الثُّلُثِ، وَإِنْ احْتَمَلَتْ الصِّحَّةَ فَوُجِدَتْ فِي الْمَرَضِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ ادَّعَى عَبْدُهُ التَّدْبِيرَ فَأَنْكَرَهُ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَحْلِفُ.

وروى نافع عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: **المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ**، رواه أبو محمد الدارمي في «مسنده» ورواه الشافعي[1].

قال أبو زرعة الرازي: رفعه باطل، وقال ابن عبد البر: ينفرد برفعه علي ابن ظبيان، وكان قاضيًا ببغداد تركوه لهذا الحديث وشبهه.

قال الدارقطني: روي مرفوعًا وموقوفًا، وهو أصح، ثم إنما يعتق المدبر من الثلث بعد الديون، فلو كان عليه دين مستغرق للتركة لم يعتق شيء منه، وإن لم يكن عليه دين ولا مال له غيره عتق ثلثه، وإن كان الدين يستغرق نصفه مثلًا بيع في الدين وعتق الباقي من ثلثه، وسبق بيان الطريق في عتق جميعه بعد الموت، وإن لم يملك غيره، ولا فرق في اعتبار التدبير من الثلث بين أن يقع التدبير في الصحة أو في مرض الموت كالوصية.

قال: **(وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقًا عَلَى صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالمَرَضِ كَإِنْ دَخَلْت فِي مَرَضِ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ عَتَقَ مِنْ الثُّلُثِ)** أي: كما لو نجز عتقه حينئذ.

قال: **(وَإِنْ احْتَمَلَتْ)** أي: الصفة **(الصِّحَّةَ فَوُجِدَتْ فِي المَرَضِ فَمِنْ رَأْسِ المَالِ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنه حين التعليق لم يكن منهما بإبطال حق الورثة، والثاني: يعتق من الثالث اعتبارًا بوقت وجود الصفة، فإن العتق حينئذ يقع ثم الخلاف فيما إذا وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره اعتبر العتق من الثلث؛ لاختياره حصول العتق في مرضه.

قال: **(وَلَوْ ادَّعَى عَبْدُهُ التَّدْبِيرَ فَأَنْكَرَهُ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَحْلِفُ)** وإن جوزناه فهل هو رجوع؟ وكذا إن كان الموصي الوصية والموكل الوكالة هل يكون

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٠، رقم ٢٥١٤)، قال البوصيري (٣/ ٩٦): هذا إسناد ضعيف. والدارمي (٣٣٣٦) والشافعي في «الأم» (٨/ ٢٠) والطبراني (١٢/ ٣٦٧، رقم ١٣٣٦٥)، والبيهقي (١٠/ ٣١٤، رقم ٢١٣٦٣) والدارقطني (٤/ ١٣٨).

....

رجوعًا؟ فيه ثلاثة أوجه جمعها الإمام:

أحدها: نعم؛ لأن هذه العقود عرضة للفسخ والرد، ولو قال: لست بمدبر، أو لست بوكيل من جهتي أو ليس هذا موصى به وجب القطع بارتفاع هذه العقود، فكذا إذا قال: لم أدبره، ولم أوكل ولم أوص؛ لأن قضيته أنه ليس بمدبر ولا وكيل في الحال.

والثاني: لا؛ لأن الإنكار إخبار عمَّا مضى، فإذا كان كذبًا لم يؤثر.

والثالث: إن الوكالة ترتفع فإن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل، ولا يرتفع التدبير والوصية، وهذا أظهر، وهو المنصوص عليه في التدبير إذا عرفت ذلك، فإذا ادَّعى العبد على سيده أنه دبره أو أعتقه بصفة ففي سماع هذه الدعوى خلاف مذكور في الدعاوى.

قلت: والذي ذكره هناك أن في دعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق بالصفة طريقان:

أحدهما: إنها تسمع، **والثاني**: إنها على الخلاف في دعوى الدين المؤجل والاستيلاد أولاها بأن تسمع دعواه لتنجز آثاره من امتناع البيع والرهن وغيرهما، ولذلك اختار في «الوجيز» طريقة التخريج على الخلاف في الدين المؤجل، وفي الاستيلاد الطريقة الأولى قال الإمام: وإنما ينتظم الخلاف في التدبير إذا لم يُجوِّز الرجوع عنه، فإن جوزناه فإنكار السيد رجوع يبطل مقصود الدعوى، انتهى.

فأشعر كلامه بموافقة الغزالي وإمامه، وقال في «الروضة» هناك: **قلت**: المذهب سماع دعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق، انتهى.

قال الرافعي: وقد بني الخلاف في دعوى التدبير على أنه تعليق عتق بصفة أو وصية، إن قلنا تعليق فتسمع؛ لأنه لا يملك الرجوع عنه بلفظ الرجوع، وإن قلنا وصية فوجهان بناء على أن إنكاره هل يكون رجوعًا، إن قلنا: لا ـ وهو الأظهر عند أكثر الأصحاب ـ فتسمع، وإن قلنا: نعم، فلا تسمع، ثم قال: وفي

....

«التهذيب» وغيره أن المذهب سماع الدعوى بالتدبير وتعليق العتق بالصفة، انتهى.

وذكر الإمام والغزالي أن الشافعي نص على أن دعوى الدين المؤجل لا تقبل؛ إذ ليس فيه لزوم ناجز، ونصَّ على قبول دعوى التدبير.

قال في «البسيط»: وهذا أبعد عن القبول فاتفق الأصحاب على إجراء الخلاف في المسألتين، انتهى.

ولم يذكر كثيرون هذا التخريج، وحاصل «الحاوي» وما أحسنه أنه إذا ادعى العبد التدبير على سيده فجحده إياه، فإن أراد بجحوده تعجيل بيعه لم يكن لجحوده تأثير تسمع به بينة أو تؤخذ فيه يمين؛ لأن له إبطال تدبيره ببيعه، وإن اعترف به فلم يستفد العبد بدعواه ما يمنع البيع، وإبطال التدبير به، وإن أراد أن يستفيد على ملكه سمعت دعواه على السيد، فإن جحده وقلنا التدبير تعليق لم يكن جحوده رجوعًا فيه، وطولب العبد ببينة وهي عدلان ذكران، فإن أقامها حكم له بالتدبير، وإن عدمها أحلف سيده أنه ما دبره، فإن نكل ردت اليمين على العبد، فإن حلف ثبت تدبيره، وإن نكل بطل، وإن جعلناه كالوصية في جواز الرجوع فيه بالقول فهل يكون جحوده رجوعًا؟ فيه وجهان: المنصوص: إنه لا يكون رجوعًا والبينة مسموعة واليمين واجبة.

قال: وإن كان الجاحد للتدبير الورثة سمعت دعواه على الأحوال كلها، فإن كانت له بينة سمعت على التدبير لا على العتق؛ لأن عتق التدبير حكم، والبينة تسمع على ما أوجب الحكم لا على الحكم، فإن عدم البينة أحلف الورثة وكان واجبًا عليه أن يحلفهم؛ لئلا يسترق بعد عتق، فإن حلفوا كان حلفهم على العلم دون البت، وتخيَّروا بين الحلف على نفي التدبير وبين الحلف على نفي العتق، بخلاف البينة التي لا تسمع إلا على التدبير دون العتق، فإن حلفوا على نفي التدبير حلفوا: والله لا نعلم أنه دبرك، ولا يلزمهم أن يقولوا في اليمين: وإنك لباق على الرق، وإن حلفوا على نفي العتق حلفوا: والله لا نعلم إنك عتقت، وهل يلزمهم أن يقولوا فيها: وإنك لباق

[وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالٌ فَقَالَ: كَسَبْته بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَهُ صُدِّقَ الْمُدَبَّرُ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ].

على الرق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لا يلزمهم إذا حلفوا على نفي التدبير.

والثاني: يلزم هنا، والفرق أن التدبير صريح الدعوى فجاز الاقتصار على نفيه والعتق حكم الدعوى في حق العبد والرق حكم الإنكار في حق الورثة، فلزم الجمع بين الأمرين نفيًا وإثباتًا.

فإن حلفوا على ما وصفنا فذاك، وإن نكلوا حلف وعتق بالتدبير، وإن نكل كان على رقه موروثًا، ويجب عليه أن يحلف إذا علم أنه صادق فيما ادعاه، وإن لم يؤخذ بها جبرًا ليفك رقبته من رق بعد عتق، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالٌ فَقَال: كَسَبْته بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَهُ صُدِّقَ الْمُدَبَّرُ بِيَمِينِهِ**) أي: عند احتمال صدقه؛ لأن اليد له والأصل عدم تقدم كسبه له وقد قدَّمنا المسألة.

قال: (**وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ**) أي: لاعتضادها باليد، وسبق الكلام على ما لو أقام الوارث بينة على أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد.

قال الماوردي: وإن كان للوارث بينة تشهد بتقدم كسبه حكم بها وبينته شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين؛ لأنها بينة على استحقاق مال، وهذا إذا شهدت البينة أنه اكتسبه في حياة سيده، وأمَّا لو شهدت أنه كان في يده في حياة سيده ففي قبولها والحكم بها قولان من اختلاف قوليه في حكم اليد المتقدمة:

أحدهما: تقبل ويحكم بها للوارث، **والثاني**: لا تقبل ويكون للمدبر بيمينه.

فروع مبددة: قال الرافعي: قول المدبر في حياة السيد أو بعد موته: رددت التدبير، لغو لا يقدح في التدبير.

قلت: وهذا إذا لم يعلقه بمشيئته، فإن علقه بها فسبق بيانه، وتفصيل الماوردي فيه دبر عبده، وقيمته مائة وله مائتان لا غير ببلد آخر، أو على معسر

....

ثم مات فلا شك في أنه لا يحكم بعتق جميعه في الحال مع وجود الوارث الخاص، وهل يحكم بعتق ثلثه؟ وجهان اختيار القاضي أبي حامد منهما نعم، قال الماوردي: وإليه صار الأكثرون.

وقال القاضي أبو الطيب في نظيرها من الوصايا: إنه ظاهر المذهب.

وقال الإمام: إن الذي نص عليه الشافعي مقابله، وهو المذهب عن البندنيجي والأصح في «التهذيب» وقال الماوردي: إن الشيخ أبا حامد اختاره، فعلى هذا إن حضر من الغائب أو الدين بصفه عتق من المدبر نصفه، وإن حصل كله عتق جميعه، وإن تلف كله عتق ثلث المدبر.

وعلى الأول قال القفال: للورثة التصرف في الثلثين، فإن تلف المال استقر تصرفهم، وإن حضر المال نقض تصرفهم، فلو كان تصرفهم عتقًا قال ابن سريج: ولا الثلثين للوارث، وفيه وجه، وعن الصيدلاني: إن كل الولاء للمورث.

قال الإمام: وهذا في نهاية الإشكال، بل ما أرى له وجهًا في الصحة فإن التدبير لا سبيل إلى رده بسبب غيبة المال، فلا وجه إلا التوقف إلى عود المال، فإن تحقق عوده فالوجه أن نقول: نتبين نفوذ العتق عند الموت؛ إذ لا سبيل إلى تنفيذه بعد الموت، وإن تلف المال نتبين نفوذ العتق في ثلثه عن جهة التدبير، فإذا كان إنشاء الورثة إعتاقًا فنتبين أيضًا عند تلف المال نفوذ اعتقاهم عن أنفسهم في الثلثين، وإنما التباس المسألة في شيء، وهو أن المال الغائب إذا حضر فالتعذر الذي كان أمس لا نتبين زواله، والقدرة على المال في الحال لا تعطف على ما مضى، فلو قلنا يبين وقوع العتق حالة الموت لكنا نفذنا العتق مع تحقق التعذر في الثلثين، فإن احتملنا هذا فالجواب ما قدمناه.

وإن ترددنا فيه فموجبه حصول العتق يوم القدرة، ثم وإن قلنا بذلك فتصرف الورثة قبل هذا يجب أن يكون مردودًا، فإن العتق وإن لم ينفذ فهو موقوف، ثم قال: ومما يتصل بذلك المدبر إذا مات وحلف العبد المدبر وتركه

....

ففي ثلثها بقيمة العبد لولا دين مستغرق، فلا يحكم بنفوذ العتق ما لم يبرأ من الدين، فلو مرت أيام من موت المولى فأبرأ مستحق الدين، فنتبين عتق المدبر عند الموت استنادًا أم نحكم بأنه منجز من وقت سقوط الدين؟ هذا فيه التردد الذي ذكرناه، والأظهر في هذه الصورة: ألا يستند العتق، بل تنجز من وقت سقوط الدين، انتهى.

لو علق عتق عبده بصفة وهو مطلق التصرف فوجدت الصفة وهو محجور عليه بسفه عتق، إن قلنا: العبرة بحال التعليق، وإن قلنا: بحال وجود الصفة، فكإعتاق المفلس، ولو علقه بصفة فوجدت الصفة بعدما جن أو حجر عليه بسفه يعتق وجهًا واحدًا، قاله في «التهذيب» وفرق بأن حجر المرض والفلس كلاهما لحق الغير، هذا للورثة وهذا للغرماء، بخلاف حجر السفه والجنون.

وعن صاحب «الإفصاح»: إنه لو قال: إن جننت فأنت حر، فجن، ففي العتق وجهان.

قال الرافعي: وقد يخرج هذا الخلاف فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت الصفة في الجنون.

ولو قال: إن مرضت مرضًا مخوفًا فأنت حر، فمرض مرضًا مات منه، يعتق العبد ويكون عتقه من الثلث، وقيل: من رأس المال؛ لأن التعليق وقع في الصحة، ولو مرض مرضًا مخوفًا ثم برأ منه عتق من رأس المال، وقيل: لا يعتق وليس بشيء.

فائدة: في كتاب الكتابة من «تعليق» البغوي: لو قال لعبده: إن خدمتني أيامًا كثيرة فأنت حر، فخدمه ثلاثة أيام يعتق، ولا يعتق بدونها.

وقال أبو حنيفة: لا يعتق حتى يخدمه عشرة أيام.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق حتى يخدمه سبعة أيام؛ لأن الأيام كلها سبعة، وما زاد يكون تكرارًا لما سبق.

خاتمة: في «تعليق» البغوي هنا: عبد قطع يد إنسان خطأ، وأعتقه مولاه،

....

فقال القاطع: قطعت يدك وأنت عبد، وقال المجني عليه: بل كنت حرًّا، قال أبو حنيفة: القول قول العبد إذا علم أنه كان عبدًا، وكذلك لو أن العبد أتلف مالًا فقال العبد: أتلفت وأنا عبد، وقال المدعي: لا بل كنت حرًّا، فيكون القول قول العبد إذا علم رقه، ولو قال السيد: قطعت يدك وأنت عبدي، فقال العبد: بل قطعتها وأنا حر، فالقول قول العبد مع يمينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف كالأولى، وقال محمد: القول قول المولى.

قال البغوي: وقال الشيخ أبو علي السنجي: ينبغي أن تكون المسألة على قولين عندنا، بناء على تبعيض الإقرار؛ لأنه أقر بشيء ثم وصل به ما يبطله، كما لو قال: ألف من ثمن خمر، قال البغوي: لا، بل ينبغي أن يكون القول قول العبد في المسألة الأولى، وفي الثانية: القول قول المولى مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء رقه، كما لو أقرَّ بشيء أو أتلف شيئًا ثم قال: كنت صغيرًا يوم الإقرار والإتلاف كان القول قوله؛ لأن الأصل بقاء الصغر، قال: ولو قال السيد لعبده: أخذت منك درهمًا وأنت عبدي، أو قال لأمته: جامعتك وأنت أمتي وأنكر ذلك، وقال: بل فعلت وأنا حر، فالقول قول المولى مع يمينه على قول أبي حنيفة وأصحابه.

قال البغوي: وجب أن يكون الحكم فيه كما ذكرنا من قبل، وكذا في قطع اليد، والله أعلم بالصواب، انتهى، وبالله التوفيق وأسأله حسن الخاتمة.

كِتَابُ الْكِتَابَةِ

قال المصنف: [هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ، قِيلَ أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ، وَلَا تُكْرَهُ بِحَالٍ.

قال الشارح: قال الأئمة: هي مأخوذة من الكتب، وهو الضم والجمع فسُمي هذا العقد كتابة؛ لأنه يضم فيه النجم إلى النجم، وقيل: سُمِّيت كتابة؛ لأنها توثق بالكتابة من حيث إنها مؤجلة منجمة، وما فيه الأجل يستوثق بالكتابة؛ ولذلك قال تعالى: ﴿فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهي خارجة عن قياس المعاوضات من جهة أنها دائرة بين السيد وعبده، وأن العوضين له، وأن المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية، فليس له استقلال الحر، ولا عجز المملوك، ولكن الحاجة داعية إليها، فقد لا يسمح السيد بعتقه مجانًا، والعبد لا يشمر للكسب تشميره إذا علق عتق بالتحصيل والأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره كما احتمل الجهالة في ربح القراض وعمل الجهالة، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] والأحاديث الآتية في أثناء الباب، قال الروياني: والكتابة إسلامية لا تعرف في الجاهلية، وقيل: أول من كوتب عبد لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وكانت من أعظم مكاتب الصحابة رضي الله عنهم.

قال: (**هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ، قِيلَ أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ، وَلَا تُكْرَهُ بِحَالٍ**) هنا أمور:

الأول: لا تجب الكتابة عندنا بحال إن طلبها السيد بلا خلاف، وكذا إن طلبها العبد على المشهور، وروى صاحب «التقريب» قولًا غريبًا: إنه يجب إجابته، وإليه ذهب بعض السلف، وابن جرير، والظاهر به لظاهر الآية.

قال في «البسيط» و«النهاية»: وهذا لفظها، قال صاحب «التقريب»: ردد الشافعي جوابه في هذا في بعض مصنفاته، ولم يبعد القول بوجوب الإجابة،

....

ثم حكى قولًا مرسلًا للشافعي على هذا النحو، وعضده ببناء الشافعي أصل الكتابة على الاتباع، وقد أوجب الإيتاء تعويلًا على قوله: ﴿وَءَاتُوهُم﴾ وذلك معطوف على قوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ وهذا غريب لم أره لغيره، ولست أعتد به، وذلك لأن الصيغة ليست ممتنعة عن الحمل على الندب، ولو حملنا على الإيجاب لبطل أثر الملك وأحكام الملاك، ولزوم اطراد الرق، فليس يليق بوضع الشرع إيجاب إنشاء الكتابة، انتهى.

قلت: ويشبه أن أصل هذا الترديد قول الشافعي في «الأم»: ولم أكن أمتنع إن شاء الله من كتابة مملوك لي جمع القوة والأمانة، ولا لأحد أن يمتنع منه، ثم قال الربيع متصلًا به: قال الشافعي: ولا يبين أن يجبر الحاكم أحدًا على كتابة مملوكه؛ لأن الآية محتملة أن تكون إرشادًا وإجابة، انتهى.

فقوله: ولا لأحد أن يمتنع عندهم الوجوب، لكن قوله: ولا يبين أن يجبر الحاكم يخالفه، إلا أن يقول قائل يلزمه ذلك ولا يجبره الحاكم عليه وهو بعيد.

ثم رأيت الإمام قال: ذكر الشافعي في بعض مجموعاته لفظة ينقلها لغرض، قال: أمَّا فلا امتنع من كتابة عبد جمع القوة والأمانة، وظني أن ما حكاه صاحب «التقريب» مأخوذ من هذا، فإن كان كذلك فلا وجه له، فإن الشافعي قال: هذا بإيثاره في حق نفسه الخروج من الخلاف، وابتدار الأحب والأفضل، وهذا كقوله: ولو كنت أنا الواجد لخمست القليل والكثير، ولو وجدت فخارة لخمستها، وقال: أمَّا أنا فلا أقصر فيما دون ثلاثة أيام، وإن كان القصر مباحًا ومثل ذلك كثير له، انتهى.

ولم يقع للإمام قوله في «الأم»: ولا لأحد أن يمتنع منه، وهو سرد تأويله، ويحقق ما ظنناه، والله أعلم.

الثاني: تستحب الإجابة إذا التمسها العبد الأمين القادر على الكسب، وبهما فسر الشافعي الخبر في الآية الكريمة، واعتبر القدرة على الكسب ليتمكن من تحصيل ما يؤديه، والأمانة لئلا يضيع ما يحصله.

....

وعبارة «المحرر» وغيره: الكسب، وهي أحسن من تنكير المصنف؛ إذ قضيته أنه متى قدر على كسب ما وإن قل استحبت إجابته، والظاهر أن المراد القدرة على كسب ما يفي بالنجم كالملتزم، وينبغي أن يعتبر ذلك أو ما يدنو منه بعد كفايته، ولا خفاء أن المراد هنا الاكتساب بحرفة مباحة من صنعة وغيرها كاحتطاب واحتشاش واصطياد، وليس السؤال من ذلك، وإن جوزناه فيما أراه ففي «مراسيل» أبي داود في تفسير ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] إن علمتم فيهم حرفة ولا ترسلوهم كلا على الناس.

الثالث: اقتضى كلام المصنف أنه إذا لم يكن أمينًا لا يستحب إجابته، وبه صرح في «المحرر» وهو الصحيح لما فيه من الإضرار بالسيد، وقيل: يستحب، ولكنه دون الاستحباب فيما إذا اجتمع الوصفان، وإن كان أمينًا غير قادر على الكسب ففي الاستحباب الوجهان في الكتاب، وجه الندب: وإنه إذا عرفت أمانته أعين بالصدقات ليعتق، ووجه المنع وهو الأصح وبه قطع المراوزة كما قال الإمام: عدم الوقوف بذلك.

الرابع: اقتضى كلام الشيخين وغيرهما أنه إذا انتفى الوصفان جميعًا لا تستحب الإجابة بلا خلاف؛ لأنه قد تجر بالاستقلال حبالًا، ويعجز نفسه آخرًا، ورجاء العتق فيه بعيد، وقال الدارمي: قال ابن القطان: فيستحب مكاتبته، وإن كان خائنًا غير مكتسب، وهو غريب.

الخامس: أطلق في «المنهاج» تبعًا «للمحرر»: إنها لا تكره بحال، وقالا في «الروضة» و«الشرح»: فإن فقد الشرطان لم تستحب، ولكن لا يكره؛ لأنها قد تقضي في العتق، وقال ابن القطان: تكره، انتهى.

والدارمي روى عنه الاستحباب في هذه الحالة، فأخذ النقلين سهوًا، واختلف جوابه، وقولهما: لا تكره أخف من قولهما في «مختصريهما»: لا تكره بحال، وقال في «الحاوي»: إذا فقد الوصفان لم تستحب، وهي إلى المنع أقرب؛ لأنه لعدم الكسب عاجز، ولعدم الأمانة خائن، انتهى.

وَصِيغَتُهَا كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا مُنَجَّمًا إذَا أَدَّيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَيُبَيِّنُ عَدَدَ النُّجُومِ وَقِسْطَ كُلِّ نَجْمٍ، وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ التَّعْلِيقِ وَنَوَاهُ جَازَ، ....

وفي نسخة: وهي إلى المنع مع الجواز أقرب، وكأنه يشير إلى ثبوت الكراهة دون الحظر، ولا يبعد أن يقال: إذا كان العبد فاسقًا أو سرَّاقًا والأمة فاجرة عاهرة، وفي معناها الأمرد الممكن من دبره، وعلم السيد أنه لو كاتبهما مع العجز عن الكسب لوقعا في الكسب بالطرق المشار إليها أنه لا تجوز له الإجابة؛ لما يتضمنه من التمكين من الفساد والإعانة على غير السداد، وكذلك العبد الزاني، وغلب على الظن أن كل ما يكسبه يصرفه إليهما أنه يحرم إجابته، ولا أقل من كراهة إسعاف هؤلاء بالإجابة إلى الكتابة، وفي المسألة بحث طويل ذكرته في «الغنية».

قال: **(وَصِيغَتُهَا كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا مُنَجَّمًا إذَا أَدَّيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَيُبَيِّنُ عَدَدَ النُّجُومِ وَقِسْطَ كُلِّ نَجْمٍ)** أي: صونًا له عن الجهالة ما أمكن ولا يعتبر تساوي النجوم، وقيل: يصح الإطلاق ويحمل على التسوية حكاه الماوردي، قال: ولا يشترط على الصحيح من مذهب الشافعي تعيين ابتداء النجوم بل يكفي الإطلاق، ويكون ابتداؤها من حين العقد، وإن كان قليل كلامه هنا لا يقتضيه.

قال: **(وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ التَّعْلِيقِ)** أي: تعليق الحرية بالأداء.

(وَنَوَاهُ) يعني بقوله: كاتبتك على كذا.

(جَازَ) أي: لحصول المقصود بذلك، وإن لم يصرح بالتعليق، ولا قوله: لم تصح الكتابة ولم يحصل العتق، وخرج قول من التدبير أن لفظ الكتابة صريح مغنٍ عن التصريح بالتعليق وعن نيته. وعن أبي إسحاق أنه إن كان الرجل فقيهًا صحت كتابته بمجرد اللفظ، وإلا فلا بد من التعليق أو نيته، وقال الإمام: إن قوله: إذا أديت فأنت حر ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة، وإنما هو نطق بمضمون العقد الغالب، والغرض إزالة التردد في لفظ الكتابة، ولذلك قد يحصل العتق بغير الأداء، ويكتفي بالنية من غير لفظ التعليق، ولو كان التعليق مقصودًا لبعد حصوله بالنية في ظاهر الحكم، انتهى.

وَلَا يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةٍ بِلَا تَعْلِيقٍ، وَلَا نِيَّةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَقُولُ الْمُكَاتَبُ قَبِلْتُ.

قال: **(وَلَا يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةٍ بِلَا تَعْلِيقٍ، وَلَا نِيَّةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ)** لأن الكتابة تقع على هذا العقد على المراسلة والمخارجة، مثل: كاتبتك كل يوم بكذا، فلا بد من التمييز باللفظ أو النية، ومقابل قوله المذهب القول المخرج وطريقة أبي إسحاق، ولا شك أنه لا يكفي قوله: كاتبتك، بمفردها بحال، كما لا ينعقد البيع بقوله: بعتك، ولم يذكر الغرض.

قال: **(وَيَقُولُ الْمُكَاتَبُ قَبِلْتُ)** أي: ونحو ذلك من ألفاظ القبول كغيرها من العقود، ويشترط أن يقبل على الفور كما مر في البيع ونحوه من المعاوضات.

إشارات: منها: قوله: وصيغتها، أي: من الناطق، أمَّا الأخرس المفهم فتكفي إشارته بها كسائر عقوده كما مر مرات، وهل تكفي كتابة غير المفهم كما تكفي إشارة المفهم؟ فيه نظر، ولم أر فيه شيئًا.

ومنها: ظاهر كلامهم أنها لا تصح من الناطق إلا بصيغة: كاتبتك، وإنه لا صريح لها إلا ذلك إلا بضميمته كما سبق، وإنه لا كناية لها، وهو مشكل، ولا يبعد انعقادها بالكتابة كالبيع على المذهب، وبالمراسلة، والمكاتبة، كما نص عليه الشافعي في البيع، وكلامهم ساكت عن ذلك.

وفي «الحاوي» عن أبي إسحاق أن الشافعي جعل الكتابة صريحًا من العالم وكناية من الجاهل، قال: فجعل الكتابة والتدبير صريحين من العلماء كناية من الجهال، ورده باستواء العالم والجاهل في صرائح الطلاق وكناياته، وفيه نظر بيناه.

قال الرافعي: وحكى الصيدلاني عن بعض الأصحاب: إنه إذا ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة كفى مثل أن يقول: تعاملني واضمن لك أرش الجناية، أو تستحق مني الإيتاء أو من الناس سهم الرقاب، كفى ذلك، ولا يحتاج إلى تعليق الحرية بالأداء، وأيده بما سبق من كلام الإمام.

قلت: ويظهر أنه لو قال له السيد: عاقدتك على كذا، أو عاوضتك على

وَشَرْطُهُمَا تَكْلِيفٌ وَإِطْلَاقٌ.

كذا، فإذا أديته فأنت حر أنه يصح، ويكون كناية صحيحة، نظر إلى المعنى فإن لم يكن صريحًا لعدم الورود أو الاستعمال فليكن كناية، فإذا قبل صح كالبيع.

ومنها: قضية كلام صاحب «الخصال»: إنه لا تكفي نية التعليق على الأداء حيث قال: ولا تتم الكتابة إلا بوجود ثلاث عشرة خصلة، إلى أن قال: ويكون الموضع الذي يقبض في العوض معلومًا، ويقول السيد: فإذا أديت فأنت حر.

ولفظ نص «البويطي»: إذا كاتب عبده على كتابة جائزة، ونجوم معلومة، ولم يبين في الكتابة، فإذا أديت فأنت حر لم يعتق، وكان ما أخذه السيد له وهو عبده بحاله، انتهى.

وفيه إشعار بأنه لا تكفي النية أيضًا على توقف فيه، فإني لم أر خلافًا نص في عدم الاكتفاء بالنية.

قال: **(وَشَرْطُهُمَا تَكْلِيفٌ وَإِطْلَاقٌ)** أي: واختيار، أمَّا اعتبار التكليف فيهما فظاهر، فلا يصح كتابة صبي ولا مجنون ولا إعتاقهما على مال بإذن الولي ودونه لسلب عبارتهما، ولا خلاف في اعتبار تكليف العبد، نعم قيل: لم لا يقال: إذا جوزنا وصية الصبي المميز وإعتاقه مجانًا في مرض الموت فلم لا يصح أن يكاتب عبده المكلف، والكتابة قربة أيضًا، وجوابه أنها عقد معاوضة، وعبارته ساقطة في عقود المعاملات.

تنبيهات:

منها: قوله: تكليف، قد يفهم أنه لا يصح كتابة السكران القاضي بسكره؛ لأنه يرى أنه غير مكلف، والمذهب أنه مكلف، وأنه يصح بيعه وغيره من عقود كما أبداه مرات.

ومنها: قوله: وإطلاق، يفهم اعتبار الإطلاق فيهما، و«المحرر» وغيره إنما ذكروه في السيد، قالوا: فلا تصح كتابة المحجور عليه بالسفه كبيعه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه في خلال الحجر ولا بعد ارتفاعه، ولو رد السؤال عن كتابته في مرض الموت إذا خرجت من الثلث، وأجيب بأنه غير

....

أهل للمعاوضة كالصبي.

ومنها: خرج بقيد الإطلاق أيضًا المحجور عليه بالفلس، فلا تصح مكاتبته، نص عليه في «الأم» ويشبه أن يكون على الخلاف المشهور في تصرفاته، وقد سبق بيانه، وقد تضمن قيد الإطلاق أنه لا تصح مكاتبة المكاتب عبده وإن أذن له سيده، وفيما إذا أذن له خلاف يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ومنها: ما أفهمه من اعتبار الإطلاق في السيد غريب، وعبارة «المحرر»: ويشترط في السيد المكاتب التكليف والإطلاق، وعبارة «الشرحين» وغيرهما: يعتبر في السيد لتصح الكتابة شيئان: التكليف، وأهلية التبرع.

والذي نص عليه الشافعي والأصحاب اعتبار البلوغ والعقل في العبد لا غير، وحينئذ فقول المصنف وإطلاقه يجب تأويله وتنزيله على السيد، وقد يقال: يمكن الاحتراز به عمَّا لو كان مأذونًا له في التجارة، وقد ركبته الديون وحجر الحاكم عليه في اكتتابه ليصرفها في ديونه، فلا يصح كتابته في هذه الحالة، وهذا تكلف لم يمر بباله.

نعم سبق في باب العبد المأذون عن «التنبيه» و«التحرير» للجرجاني: إنه يشترط في صحة الإذن في التجارة أن يكون العبد رشيدًا واستغربناه، فقد يقال: قياسه أنه يعتبر فيه أهلية التصرف لنفسه لو كان حرًا، وأطلق المصنف في البيوع أن شرط العاقد الرشد، وقالوا هنا: إن العبد بمنزلة المشتري، لكن الأصحاب مصرحون بصحة كتابة من المثل خلاف الرشد إذا كان مكلفًا، وبالجملة فالصواب صحة كتابة العبد الفاسق المبذر، والله أعلم.

ومنها: لا بد من الاختيار فيهما كما نبهنا عليه، فإن أجبرا أو أحدهما فالكتابة باطلة.

ومنها: قال في «الإبانة»: يشترط أن يكون السيد المكاتب بصيرًا، بخلاف العبد، وهو حسن، ولا يغني عنه القيد الإطلاق في السيد، فيما أراه لكن سبق في البيوع أن الأصح خلافه.

....

ومنها: وقع في «الشرح» و«الروضة» وهذا لفظها: ولا تصح كتابة محجور عليه بسفه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه لا في حال الحجر ولا بعد ارتفاعه.

وحكى الفوراني خلافًا فيما لو سلم المال إليه في حال الحجر، ثم ارتفع حجره أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟ انتهى.

وعبارة الرافعي: وعن الفوراني فافهم أنه لم يقف على كلامه، وأفهما أنه ذكر ذلك فيما إذا كاتب وتسلم المال في الحجر عليه وليس كتابة.

وعبارة «الإبانة» و«العمد»: ولو كاتب عبده ثم حجر عليه القاضي لسفه فدفع المكاتب النجوم إليه لم يعتق به، ولو أطلق الحجر فهل يعتق بالإيتاء السابق، منهم من يجعل المسألة على قولين بناء على المرتد، ومنهم من فصل وقال قولًا واحدًا: لا يحتسب؛ لأن الحجر له لا لغيره، وأشار بالبناء إلى قوله قبله: إنه لو كاتب عبده ثم ارتد المولى لا تبطل الكتابة، فلو دفع اليد لعبد النجوم ثم عاد إلى الإسلام فهل يحكم بالعتق بالاستيفاء السابق؟ على قولين بناء على عقوده بعد الحجر هل يوقف؟ قولان، انتهى.

ومنها: ليس لولي محجور عليه بصبا أو جنون أو سفه أن يكاتب عبده، نصَّ عليه الشافعي، واتفقوا عليه فيما علمت، وسواء الأب وغيره، وفي النفس منه شيء عند ظهور الغبطة في ذلك، ولم لا يحتمل الخطر اليسير في مكاتبة بعض العبيد القليلي القيمة على العرض الكثير، حيث يغلب على الظن أنه لو كوتب عليه لحملته الرغبة في الحرية على الجد في كسبه، ولو بقي رقيقًا لم يكتسب ما يقوته.

وقد أشار الشافعي في «الأم» إلى هذا السؤال ورده، وكلامه مصرح بالمنع مطلقًا ولم يصح لي، ولعله أخف خطرًا من القراض بماله.

قال الشافعي والأصحاب: فلو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه لم يعتق لبطلان التعليق.

وَكِتَابَةُ الْمَرِيضِ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلَاهُ صَحَّتْ كِتَابَةُ كُلِّهِ، فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّى فِي حَيَاتِهِ مِائَتَيْنِ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ عَتَقَ، وَإِنْ أَدَّى مِائَةً عَتَقَ ثُلُثَاهُ.

فَرْعٌ: إذا كاتب السيد المطلق التصرف عبده الصبي أو المجنون لم يثبت بهذا العقد حكم الكتابة الفاسدة؛ لأن قبولهما لغو، نعم إذا أديا المال عتقا بحكم الصفة دون العقد، ولا يرجع السيد عليهما بشيء، هذه رواية المزني وصححها أبو إسحاق والجمهور، وروى الربيع أنه يثبت التراجع عند كتابة المجنون، ويتبعه ما فضل عن كسبه، ووافقه ابن سريج، وقيل في المسألة قولان، وقيل: رواية الربيع محمولة على ما إذا وقع العقد في خلل عقله بمرض، ورواية المزني على ما إذا وقع في حال الجنون.

قال ابن الرفعة: ولا شك أن الخلاف يجري فيما إذا كاتب الصغير أيضًا؛ لأن المجنون أسوأ حالًا منه، انتهى.

وقال الرافعي: في طريقة الصيدلاني الامتناع من إجراء الخلاف في الصبي، وفرَّق بأن الجنون عارض، وأجرى البغوي في الصبي ما قيل في المجنون.

وعبارة «تعليقه»: وأمَّا لو كاتب عبده الصبي فقيل: هو فاسد، فإذا أدى المسمى أو أخذه السيد منه عتق؛ لوجود الصفة ولا يثبت التراجع.

قال: (**وَكِتَابَةُ الْمَرِيضِ مِنَ الثُّلُثِ**) أي: سواء كاتبه على مثل قيمته أو أقل أو أكثر منها، (**فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلَاهُ**) أي: عند الموت (**صَحَّتْ كِتَابَةُ كُلِّهِ**) أي: لخروجه من الثلث حيث لا مزاحم له.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّى فِي حَيَاتِهِ مِائَتَيْنِ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ عَتَقَ**) أي: لأنه يبقى للورثة مثلًا.

(**وَإِنْ أَدَّى مِائَةً عَتَقَ ثُلُثَاهُ**) لما ذكرناه، وبسط المسألة أنه إذا لم يملك سواه، وأدى النجوم في حياة السيد، فإن كاتبه على مثل قيمته عتق كله؛ لأنه يبقى للورثة مثلًا، وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه؛ لأنه إذا أخذ مائة، وقيمته مائة، والجملة مائتان، فينفذ التبرع في ثلث المائتين، وهو ثلثا المائة،

....

ويخالف ما إذا باع نسبة في مرض الموت بثمن المثل، وأخذ الثمن حيث يصح البيع في الجميع؛ لأنه لو لم يبع لم يحصل له الثمن، وهاهنا لو لم يكاتب لحصلت له إكسابه، ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحت الكتابة في نصفه.

تنبيهات:

أحدها: احترز المصنف بقوله: وأدى النجوم في حياته، عمَّا لو لم يؤد منها شيئًا حتى مات، فإنه ينظر إن لم يجز الورثة ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب، فإذا أدى حصته من النجوم عتق، وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان:

أصحهما ونص عليه: لا؛ لأن الكتابة قد بطلت في الثلثين، فلا تعود، فعلى هذا الباقي منه قن على الظاهر.

وثانيهما: نعم كما لو ظهر للميت دفين، أو نصب شبكة فعقل بها صيد بعد موته، فإنه يزاد في الكتابة.

ثانيها: لو أوجب السيد في حال الصحة خطر المرض فقبل العبد لم أر فيه شيئًا، والظاهر أنه كما لو وقعا معًا في المرض، وإذا أجاز الورثة صحت الكتابة في الجميع، فإذا عتق بأداء النجوم فولاء جميعه للمورث على قولنا الإجازة تنفيذ، وإن قلنا ابتداء عطية فولاء، والثالث للمورث، وولاء الثلثين لهم على قدر مواريثهم، وإن أجازوا في بعض الثلثين فعلى التنفيذ يصح فيما أجازوا على ابتداء العطية يجري الخلاف في تبعيض الكتابة.

ثالثها: كاتب في الصحة، وقبض النجوم في مرض موته، أو قبضها الوارث بعد موته صح القبض، وكاتب الكتابة من رأس المال، ولو أقر في المرض بأنه قبض النجوم في الصحة أو المرض قبل إقراره، وكان الاعتبار من رأس المال كما لو أقر لأجنبي بشيء.

فَرْعٌ: لو كاتب في الصحة ثم أبرأه عن النجوم في مرض الموت، وقال:

وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدٌّ بُنِيَ عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ، فَإِنْ وَقَفْنَاهُ بَطَلَتْ عَلَى الْجَدِيدِ.

وضعت عنه النجوم، أو أعتقته، فإن خرج من الثلث عتق كله وسقطت عنه النجوم، وإلا فإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العجز عتق ثلثه، وإن اختار بقاء الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة **فأصح الوجهين**: إنه يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في الثلثين.

والثاني: وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري: إنه لا يعتق ثلثه ما لم يسلم للورثة الثلثان، أمَّا بأداء نجوم الثلثين أو بالعجز، وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت فيعتبر خروج الأقل منهما من الثلث.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدٌّ بُنِيَ عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ، فَإِنْ وَقَفْنَاهُ بَطَلَتْ عَلَى الجَدِيدِ**) للأصحاب في المسألة طريقتان:

إحداهما: البناء على أقوال الملك إن أزلناه فباطلة، أو بقيناه فصحيحة أو وقفناه فموقوفة.

ومنها: قال ابن القطان وابن الوكيل، ورجحها أبو إسحاق المروزي، واختارها الشيخ أبو حامد وأتباعه.

وقال المحاملي في «المجموع»: إنها المذهب.

والثانية: فيها القولان الأولان، ولا يجيء فيها قول الوقف؛ لأنها عقد معاوضة والعقود لا توقف على أصل الشافعي، وأجاب الأولون بأن الشافعي لا يصحح العقد من غير المالك موقوفًا على إجازته ورضاه، فأمَّا انعقاد العقد موقوفًا على ما سيظهر وينكشف فإنه يجوزه بدليل أن تصرف المريض بالهبة والبيع بمحاباة ينعقد موقوفًا.

واقتضى إيراد الرافعي في «شرحه الصغير» أن الجمهور على الطريقة الأولى حيث جزم بها، ثم قال: وقيل فذكر الثانية، ثم ذكر من بعد أن الأشبه بالترجيح البطلان كما ذكره في «الكبير».

قال: وقد يؤدي غرض الطريقتين بعبارة أخرى، فيقال: إن قلنا بزوال الملك لم يصح أو ببقائه صحت، أو بالوقف فعلى الجديد والقديم في وقف

....

العقود، ثم ما موضع الخلاف على اختلاف الطريقتين؟ فيه طرق: أشبهها وهو ما أورده الروياني وغيره: إن موضعه ما إذا لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا: لا يحصل الحجر بنفس الردة، فأمَّا إذا كان في حال الحجر فلا تصح الكتابة.

قلت: ونسب الماوردي إلى الجمهور القطع به.

وثانيها: إنَّا إذا قلنا لا يصير محجورًا بنفس الردة ولم يحجر القاضي عليه صحت كتابته بلا خلاف.

وثالثها: طرد الخلاف في الحالتين، ويُخْرِجُ من ذلك جميعه أثرًا أورده في «الروضة» خمسة أقوال: أظهرها: البطلان، والثاني: يصح، والثالث: موقوفة على إسلامه، والرابع: يصح قبل الحجر عليه، وإن قلنا: يصير محجورًا عليه بنفس الردة، والخامس: يصح قبل أن يحجر عليه أمَّا بنفس الردة وأمَّا بحجر القاضي، انتهى.

وعبارة الرافعي:

أحدها: إنها موقوفة.

والثاني: صحتها.

والثالث: صحتها قبل الحجر خاصة.

والرابع: بطلانها.

والخامس: بطلانها بعد الحجر خاصة والأشبه كالترجيح على ما أورده صاحب «التهذيب».

الوجه الرابع: وعن القاضي أبي حامد أن الأظهر الثاني، وهو اختيار المزني، انتهى.

وما ذكر أنه الأشبه بالترجيح بناه على ما صححه البغوي في أقوال الملك، وقد سبق ما فيه، قال الشافعي في «الأم»: إذا ارتد الرجل عن الإسلام فكاتب عبده قبل أن يقف الحاكم ماله فكتابته جائزة، وكذلك كل ما يصنع في ماله فأمره فيه جائز كما كان قبل الردة، فإذا وقف الحاكم ماله حتى يموت أو

....

يقتل على الردة فيصير ماله يومئذ فيئًا، أو يتوب فيكون على ملكه لم تجز كتابته، انتهى.

وقال في «المختصر»: ولو كاتب المرتد عبده قبل أن يقف الحاكم ماله كان جائزًا ولم ينقل الأئمة عنه سوى هذين النصين.

وقال في كتاب «البويطي»: وإذا ارتد الرجل عن الإسلام ثم كاتب عبده قبل أن يرجع إلى الإسلام فكتابته جائزة، وكل ما صنع في ماله فأمره فيه جائز كما كان قبل الردة، وإذا أوقف الحاكم ماله فلا يجوز، انتهى.

فبان أن المذهب أن كتابته قبل الحجر عليه جائزة كما هو المذهب فيمن طرأ تبذيره بعد رشده، ولم يتصل حجر الحاكم والتخريج على أقوال الملك من تصرف الأصحاب.

تنبيهات وفروع: قول «الروضة»: والرابع يصح قبل الحجر عليه، وإن قلنا: يصير محجورًا عليه بنفس الردة غريب، ولم يذكر الرافعي إلا ما تقدم عن لفظه، وإنما أخذه الشيخ فما وقع في نسخ بـ«الشرح» في نقل الطرق، والثاني في كلام ابن كج: إنا إذا قلنا: يصير محجورًا بنفس الردة ولم يحجر عليه الحاكم فتصح كتابته بلا خلاف، ووقع في نسخ: إنا إذا قلنا لا يصير... إلى آخره وهو الصواب في النقل، وما في «الروضة» سهو.

لو كاتب مسلم عبده ثم ارتد السيد لم تبطل كتابته، كما لا يبطل بيعه وغيره لكن لا يجوز دفع النجوم إليه، إن قلنا: زال ملكه وصار محجورًا عليه، فإن دفعها إليه، أو قلنا: بعدم الزوال، فقد ذكرنا تفريع ذلك فيما إذا يكاتبه في حال ردته فلا نطيل الذكر لعدم الحاجة إلى استعماله.

لو ارتد مكاتب لم تبطل كتابته، فإن هلك على الردة قبل العتق فما كان في يده لسيده وارتفعت الكتابة أطبقوا على جواز كتابة العبد المرتد، كما نص عليه الشافعي، قالوا: كما يجوز بيعه، وسبق في صحة بيعه وجه والظاهر مجيئه هنا، ثم إذا أدى النجوم من اكتسابه أو تبرع غيره بأدائها عنه عتق، وإن لم

وَلَا تَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ، وَمُكْرًى.

يؤدها، وأسلم بقي مكاتبًا وإن هلك مرتدًا، وكان ما به لسيده، وأمَّا العبد القاتل حرابة إذا تحتم قتله، فلم أر في كتابته شيئًا، وسبق في البيوع عن «الروضة» أن أصح الطرق أن يبيعه كبيع المرتد، وذكر أن الروياني قال في «التجربة»: إنه لا يجوز بيعه، نصَّ عليه، قال: وعليها من قال غيره بخلاف المرتد، انتهى.

والظاهر لا يجوز كتابته على الوجهين، قال في «الأم»: ولا أجيز كتابة السيد المرتد والعبد المرتد إلا على ما أجيز عليه كتابة المسلمين، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان ما لم يتحاكما إلينا تصح كتابة الكافر عبده الكافر جزمًا، سواء كان السيد ذميًّا أو معاهدًا أو حربيًّا لكن لو قهر مكاتب الحربي سيده في دراهم ملكه، وصار السيد عبدًا وارتفعت الكتابة إذا دخل عبد مسلم في ملك كافر، وأمرناه بإزالة ملكه فكاتبه صحت الكتابة على أظهر القولين للعبد، كذا قالا هنا، وهو الصواب في «الحكاية» وقالا في البيوع: صحت على أظهر الوجهين، ولو أسلم مكاتب الكافر بقيت قطعًا، وقيل: قولان.

قال: **(وَلَا تَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ)** أي: لأن الرهن يخرج إلى البيع، والكتابة تمنع منه، فصارا متنافيين، والظاهر أن المتعلق برقبته جناية كالمرهون.

قال: **(وَمُكْرًى)** أي: لأنه في تصرف الغير، ولا يتفرغ للاكتساب لنفسه، هذا ما أجاب به الأكثرون، ونصَّ عليه في «الأم» ولفظه: ولو أجر عنه ثم سأله العبد أن يكاتبه لم يكن له ذلك من قبيل حق المستأجر في إجارته، وإن العبد ممنوع من الكسب بخدمة مستأجره، انتهى.

وحكى الرافعي في كتاب الإجارة الجواز عن ابن القطان، والمنع عن ابن كج بلا ترجيح، وقال في «الروضة»: إن المنع أقوى.

قلت: ويقرب أن يفصل فيقال: إن كانت الإجارة بحيث لا يتمكن معها من الاكتساب كالاستئجار للخدمة، وما يستغرق نهاره كما رمز إليه النص،

وَشَرْطُ الْعِوَضِ كَوْنُهُ دَيْنًا مُؤَجَّلًا، ....

وبين ما لا يمنعه من الاكتساب كالحراسة ليلًا فقط، أو النظارة مثلًا، وكسبه بخياطة أو وراقة وكل ما يمكن عمله مع قيامه بما أكري له، فيمتنع الكتابة في الضرب الأول دون الثاني؛ لفقد المانع المشار إليه.

فروع: حكى الرافعي عن كتاب ابن كج: إنه يجوز كتابة المستولدة فإن مات السيد قبل أداء النجوم عتقت من رأس المال، وأن أبا الحسين خرَّج وجهًا أنه لا يجوز، وهو ما نقله الروياني في «التجربة» عن إشارة النص في «الأم» ووجهه بأن الكتابة اعتياض عن الرقبة، ورجحه مرجحون، والأظهر الأولى، قال ابن الرفعة: لا تجوز مكاتبة الموصي بمنفعة في الأصح.

قلت: الجواز فيمن أوصى بمنفعته أبدًا بعيد إلا إذا قلنا بجواز مكاتبة العاجز عن الكسب لتوقع العتق بالصدقات، نعم من أوصى بمنفعته مدة يشبه أن يفصل فيه فيقال: إن كانت طويلة يحل النجوم قبلها فلا، وإن كانت قريبة تنقضي قبل حلول النجم، أو قد بقي من الطويلة زمن يسير ينقضي قبل حلول النجم بما يتسع لتحصيله، فيجوز، وكذا ينبغي أن يقال في المكري، والله أعلم.

الظاهر أن من تحتم قتله في الحرابة لا تصح مكاتبته بخلاف المرتد، ولم أر فيه نقلًا، ويحتمل أن يجيء فيه خلاف من الخلاف في صحة بيعه، وقد قدمنا كلامًا فيه. حكي عن صاحب «البيان» أنه ذكر في كتاب البيع: إنه لا تصح كتابة المغصوب، وإن كلام المتولي يقتضي الصحة.

قلت: ويشبه أن يقال: إن كان يقدر على الهرب والتخلص صحت وكذا لو كان يتمكن مع دوام الغاصب من الكسب والأداء صحت وإلا فلا، والله أعلم.

قال: (**وَشَرْطُ الْعِوَضِ كَوْنُهُ دَيْنًا**) ليلتزمه في الذمة، ثم يحصله فيؤديه، وإنما اشترطت البينة لعجزه عن الأعيان؛ لأنه لا يملك شيئًا.

قال: (**مُؤَجَّلًا**) أي: فلا تصح الحالة اتباعًا للصحابة ﷺ ولأنه عاجز في الحال فيكون كالسلم فيما لا يوجد عند محله، وفي النفس منه شيء، في بعض الصور وأجاز مالك وأبو حنيفة وغيرهما الحلول، واختاره الروياني في

....

«الحلية» وما أجاب به ما يورد من أنه لو كوتب على قدر من الملح وهما على مملحة، فإنه يمكنه تسليمه في الحال عقب العقد من أنه لا يملك الملح ما لم يأخذه، والأخذ يتأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق لا يخفى ضعفه.

إشارات: منها: قال الرافعي: يلزم من اشتراط التأجيل اشتراط الدينية؛ إذ الأعيان لا تقبل الأجل، فيستغنى عنه بذكر التأجيل، قاله مناقشًا الغزالي، وهذه المساحة تلزم «المحرر» و«المنهاج» وأجاب ابن الصلاح بأن دلالة الالتزام لا يكتفى بها في المخاطبات، وهذان وصفان مقصودان، انتهى.

ومنها: ما تقدم من أن الكتابة على الأعيان لا تصح هو المعروف، ورأيت في «تحرير الجرجاني»: والكتابة كالبيع في أنها لا تصح إلا من مكلفين مختارين بإيجاب وقبول وعوض معين أو موصوف في الذمة، وقال في الشافعي: وتصح بعوض معين وفي الذمة، انتهى.

وقضية كلامه صحتها على العين، ثم ذكر من بعد أنها تفارق البيع في أنها لا تصح إلا مؤجلة، وكذا وكذا وتأجيل الأعيان غريب، فيؤول صدر كلامه.

لكن رأيت في «فروق الجويني»: إنه لو كاتبه على سفينة طعام بعينها ودينار محله صبيحة لغد صحت الكتابة، وكانت على نجمين:

أحدهما: الطعام.

والثاني: الدينار، وهذا لفظه، وهو غريب ويتعين تأويله.

ومنها: إذا قلنا العبد يملك بتمليك سيده أو غيره كما بيَّنا هناك، فيحتمل أن يقال: تصح الكتابة الحالة وعلى الأعيان، ويجوز أن يكون ما وقع في كلام أبي محمد، من تفاريع ذلك القول فتأمله.

ومنها: إطلاقه في الدين يشمل ما يهم وجوده في المحل وما يندر، وفي الثاني وجهان، فإن جوَّزنا فانقطع لم ينفسخ العقد، وإلا فكالمسلم فيه ينقطع، وإطلاقه أيضًا يشمل ما إذا كاتبه على مال عظيم في نجمين متقاربين بحيث لا يمكنه تحصيله فيهما عادة، كما لو كاتبه إلى أجل متباعد على مال عظيم، وفي

وَلَوْ مَنْفَعَةً، وَمُنَجَّمًا بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ، وَقِيلَ: إِنْ مَلَكَ بَعْضَهُ وَبَاقِيهِ حُرٌّ لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ عِنْدَ انْقِضَائِهِ صَحَّتْ ....

هذه **الصورة** وجهان جاريان فيما لو قال: كاتبتك على خمسين دينارًا تؤديها إلي في هذا اليوم وعشرة بعد سنة، وبني الوجهان على أن المنع في الكتابة الحالة لأجل تحقق العجز، أو لكون الغالب عدم القدرة على المال في الحال، هكذا نقل ابن الرفعة.

وعبارة «الروضة»: وهل تجوز الكتابة على مال كثير إلى نجمين قصيرين، أو إلى قصير وطويل، بشرط أداء الأكثر في القصير وجهان: أصحهما: نعم.

قال: **(وَلَوْ مَنْفَعَةً)** أي: كبناء وخياطة ونسج أو نسخ معلومات ونحوها كما يجوز أن تجعل المنافع أجرة وثمنًا.

(وَمُنَجَّمًا بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ) لأنه المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم قولًا وفعلًا، قال الأئمة: ولو جاز على أقل منها لا تبذروه تعجيلًا للقربة، ويروى مرفوعًا: «**الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ**»[1] وهذا نص إن صح ولا أحسبه يصح، ولأن اشتقاق الكتابة من الجمع وأقله اثنان، وقضية إطلاق المصنف أنه لو جعل محل النجم الأول في آخر الشهر، والثاني في أوله أنه يصح، وفيها وجهان: وجه المنع أن الاتصال يجعلهما كالنجم الواحد، واعلم أن قوله: ومنجمًا يفهم أن المنفعة شرطها التأجيل كالدين، وسيأتي ما فيه.

قال: **(وَقِيلَ: إِنْ مَلَكَ بَعْضَهُ وَبَاقِيهِ حُرٌّ لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ)** أي: لأنه يملك ببعضه الحر ما يؤديه فلا يتحقق العجز في الحال، وصحح الاشتراط اتباعًا لما جرى عليه الأولون، وهذا جمود لا يقوى التمسك به في مسألتنا.

قال: **(وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ)** أي: مثلًا.

(وَدِينَارٍ عِنْدَ انْقِضَائِهِ صَحَّتْ) إذا كاتب عبده على خدمة شهر أو عام من الآن، ودينار بعد انقضاء الشهر أو العام بشهر أو يوم جاز، ولو قال: على خدمة شهر ودينار عند انفصاله، وهي صورة الكتاب.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الصغرى» (٣/ ٣٤٥).

....

قال الرافعي: وظاهر كلام الشافعي أنه يجوز، بل عن نصه في «الأم» أنه إذا شرط الدينار بعد الشهر أو معه جاز، واختلف الأصحاب فيه على وجهين، وعن ابن سريج أن فيه قولين:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة، فيجوز أن ما كالنجم الواحد، ويحكى عن اختيار أبي الطيب بن سلمة والطبري والقاضي أبي حامد، وهؤلاء حملوا كلام الشافعي على ما إذا قال: ودينار بعد العقد بيوم أو شهر، وغلطوا الربيع في رواية: أو معه.

وأظهرهما: وبه قال ابن أبي هريرة والشيخان أبو حامد والقفال: الجواز؛ لأن المنفعة مستحقة في الحال، والمدة لتقديرها، والتوفية فيها، والدينار إنما يستحق المطالبة به عند انقضاء الشهر، وإذا اختلفا الاستحقاق حصل التنجيم، قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالة؛ لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كانت على دينارين، أحدهما حال، والآخر مؤجل، وبهذا يبين أن الأجل وإن كان يطلق اشتراطه في عوض الكتابة فليس ذلك بشرط في المنفعة التي يقدر على الشروع في توفيتها، انتهى لفظه، رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى.

تنبيهات وفروع:

منها: ما رواه عن أبي إسحاق من البطلان رواه عنه المحاملي وغيره، وفي «الحاوي» فيه وجهان: **أحدهما**: حكاه أبو إسحاق والمروزي عن بعض المتقدمين من أصحابنا فذكره.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة أن الكتابة جائزة.

ومنها: قال الرافعي: قال: ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر مثل أن يقول: ودينار بعد العقد بيوم، فعن ابن القطان: القطع، والظاهر إجراء الوجهين، والظاهر منهما الجواز، انتهى.

....

وقال البندنيجي: إنه ظاهر المذهب، وبه جزم القاضي الحسين، وحكاه الإمام عن كافة الأصحاب سوى أبي إسحاق، وصرَّح المحاملي في «المجموع» بأن القائل بالصحة في صورة الكتاب.

قال: لو قال: كاتبتك على خدمة شهر وعلى دينار في أثناء الشهر يصح للمعنى الذي ذكرناه، وهو أن وقت استحقاق النجمين مختلف، وهذه الطريقة أصح؛ لأن الشافعي نص عليها في «الأم» فقال: وإذا كاتبه على منفعة شهر فيحتاج أن يشترط أن يؤدي معها شيئًا من غيرها، إمَّا معها أو بعدها، انتهى.

وقال الماوردي متصلًا بما سبق عنه: وعلى تعليل الوجهين لو جعل محل الدينار في شهر الخدمة لم تصح الكتابة، وقد قاله الشافعي نصًا، ومن أصحابنا من ركب الباب وعلله بأن ما مضى من شهر الخدمة قبل استحقاق الدينار نجم، وما بقي منها بعد استحقاقه نجم آخر، وهذا التعليل مستدرك.

لو كاتبه على خدمة شهرين لم يصح؛ لأنها كتابة على نجم واحد، وليس لقائل أن يقول: أجزتها وأجعل كل شهر منها نجمًا، انتهى.

ويوافقه قول الدارمي، فإن كاتبه على أن يخدمه كذا عقب العقد، ثم كذا من مالٍ أو عوض في نجم آخر جاز، فإن شرط الدينار عقب الدينار عقب الشهر نص يجوز، وقيل: لا بد أن يكون كنجمها زمان شرطه في الشهر لم يصح، انتهى.

فَجَعَلَ في هذه الصورة قولَيْن منصوصَيْن، وهي محتملة جدًا عند الإطلاق بخلاف ما مثله الرافعي.

ومنها: لو قال: على خدمة شهر من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوفة بعد انقضاء الشهر، فكقوله: وعلى دينار بعد انقضاء الشهر، نص عليه في «الأم» واتفقوا عليه، وذكر البغوي أنه لا بد من بيان العمل في الخدمة إذا كانت عليها، ونحوه قول الماوردي: ونصف الخدمة بما توصف به الإجارة.

وقال ابن الصباغ: يكفي إطلاق الخدمة، ويوافقه إطلاقه في «الأم»

....

و«المختصر» فذكر الخدمة، وعليه جرى المحاملي وغيره، بل صرحوا بالاكتفاء بقوله: يخدمني شهرًا، وقدمنا أنه الموافق لما رجحوه في الإجارة للخدمة، والقياس التبيين بل يتعين إذا لم يطرد عرف بخدمة معلومة.

ومنها: إذا مرض في الشهر المذكور وفاتت الخدمة، وأمَّا الباقي، فقال الرافعي: قيل: هو كما لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض، ففي الباقي طريقان:

أحدهما: القطع ببقاء العقد فيه.

والثاني: إن فيه قولين، وقيل: تبطل الكتابة في الباقي بلا خلاف، فهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب، انتهى.

وقال القاضي الحسين: تنفسخ الكتابة قولًا واحدًا، وهو ما نص عليه الشافعي، أي: في «الأم» كما حكاه البندنيجي: إذا انتقضت الكتابة في النصف انتقضت في الكل، قاله ابن الرفعة.

ولفظ «الأم»: ولو كاتبه على أن يخدمه شهرًا ثم يعطيه مالًا بعده فمرض ذلك الشهر انقضت الكتابة، ولم يكن له أن يعطيه أحدًا يخدمه مكانه ولا عليه إذا أراد ذلك السيد، كما لو استأجر حرًّا على أن يخدمه شهرًا فمرض في الشهر لم يكن عليه ولا له أن يخدمه غيره، وانقضت الإجارة.

ومنها: ما ذكره المصنف وقدمناه من اشتراط اتصال الخدمة ونحوها بالعقد، هو فيما إذا وقع العقد على خدمته بنفسه، فلو قدَّم نجم المال وأخَّر نجم العمل بأن قال: كاتبتك على دينار تؤديه بعد شهر من الآن، وعلى أن تخدمني الشهر الذي يليه لم يصح، نعم؛ لو كان العمل في الشهر بأن قال: كاتبتك على دينار، وعلى خياطة ثوب في ذمتك صفته كذا وكذا يؤدى الدينار بعد شهر بالخياطة بعد شهر جاز، وكذا لو كاتبه على دينار بعد شهر، وعلى خدمة شهر مضمونة في ذمته بعد انقضاء ذلك الشهر، فإن فصل بينهما صح، وإن وصل فعلى الوجهين قاله الماوردي.

....

ومنها: قضية كلام المصنف: إنه لا يجوز الاكتفاء بقوله: خدمة شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين، ويقدر كل عشرة أيام نجمًا، أو كل شهر عند الاختلاف؛ لأن الجميع نجم واحد، وهو صحيح، نعم لو شرط صريحًا كون خدمة شهر نجمًا، وخدمة الشهر بعده نجمًا، فقد قيل: يصح، والأصح المنصوص في «الأم»: المنع، ولو انقطع ابتداء المدة الثانية عن تأخر الأولى كخدمة رجب ورمضان قالا: لم يصح بلا خلاف، ثم يشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بعينه بعقد الكتابة، ولا تتأخر عنها، فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوال لم يصح، وأمَّا المنافع الملتزمة في الذمة كخياطة ثوب معين وبناء جدار موصوف ونحوه فيجوز فيها التأجيل.

ومنها: لا خفاء أنه لا بد من بيان قدر العوض وصفته، وأقدار الآجال، وما يؤدى عند حلول كل نجم إن لم يكتف بالإطلاق وغيره على التسوية ما سبق، ثم إن كانت على نقد يكفي الإطلاق إن كان هناك فقد منفرد أو غالب، وإلا وجب التبيين، أو على عوض وصفه بصفات السلم، قال الدارمي: فإن قال في ثلاث سنين في آخر كل سنة لم يصح، حتى يذكر انقضاءً أو انسلاخًا، أو أوّلًا أو هلالًا، وعندي يصح، انتهى.

وسبق في كتاب السلم بيان الآجال، وما وقع في كلام الرافعي وغيره فيها، وأوضحناه أكمل إيضاح.

ومنها: لو قال: كاتبتك على مائة تؤديها في ثلاثة أشهر قسط كل شهر عند انقضائه، قال الشيخان: جوَّزه ابن سريج، ومنعه ابن أبي هريرة وغيره.

ولو قال: تؤديها في عشر سنين لم يجز، وقيل: يجوز، وتوزع على عددها، ولو قال: في شهر كذا أو في سنة كذا أو في يوم كذا فهل هو مجهول أو يحمل على أول كل منها؟ وجهان.

وقال الدارمي: يبين وقت الأداء من السنة والشهر والأسبوع، فإن عين يومًا فوجهان:

أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا فَسَدَتْ، ....

أحدهما: يعين فيه.

والثاني: يجوز ويكون إلى آخره، انتهى.

ونقل الوجه الأول فيه خلل، ثم بان لي معناه يجب التبيين والتعيين فيه كالسنة والشهر، **والثاني**: لا يجب، ويحمل الإطلاق على آخره لقرب ما بين طرفيه وتأخره يحصل يقين الحلول، والله أعلم.

قالا: ولو قال في وسط السنة فهل هو مجهول أم يحمل على نصفها؛ لأنه الوسط الحقيقي؟ وجهان.

ومنها: هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم، قال الدارمي: فيه طريقان: **أحدهما**: على قولين، **وثانيهما**: يشترط إن كان في بادية أو خراب، يعني في موضع لا يصلح للتسليم، وأطلق صاحب «الخصال» القول باشتراط بيان محل التسليم. وفي «تعليق» إبراهيم المروزي قبيل بيع باب المكاتب، ولا خلاف أنه إذا كان لحمله مؤنة أنه لا بد من تعيين مكان التسليم، انتهى.

وقال الشافعي في «الأم» في باب ما تجوز عليه المكاتبة بعرض: لم يجز إلا أن يكون العرض موصوفًا وإلى أجل معلوم، وإذا كان العرض في الكتابة لم يجز إلا أن يكون كما يكون في أن يسلف في العرض سواء لا يختلفان إلا أن قال: يوليه إياه في موضع كذا، فإن ترك من هذا منها لم تجز الكتابة عليه كما لا يجوز أن يسلف فيه إلا هكذا، انتهى.

وحكى ابن كج الخلاف المذكور في السلم هنا، وذكر خلافًا في أنه لو عين موضع فخرب هل يسلم فيه أم في أقرب المواضع إليه؟ قال: وعلى أن يبيعه كما فسدت، وإذا شرط في عقد الكتابة أن يشتري العبد منه شيئًا أو يشتري هو من العبد فسدت الكتابة؛ لأنه شرط عقدًا في عقد.

[قال: **(أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا فَسَدَتْ)**][1].

(١) لم يشرحه المصنف، وشرحه «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٢٨٣) فقال: =

وَلَوْ قَالَ كَاتَبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِأَلْفٍ وَنَجَّمَ الْأَلْفَ وَعَلَّقَ الْحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ دُونَ الْبَيْعِ، ....

قال: (**وَلَوْ قال: كَاتَبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِأَلْفٍ وَنَجَّمَ الْأَلْفَ وَعَلَّقَ الْحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ فَالمَذْهَبُ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ دُونَ الْبَيْعِ**) إذا كاتبه وباعه منها على عوض واحد بأن قال: كاتبتك وبعتك هذا الثوب بألف درهم إلى شهرين تؤدي منها خمسمائة عند انقضاء الأول، والباقي عند انقضاء الثاني، فإذا أديت فأنت حر، فقال العبد: قبلت الكتابة والبيع، أو قال: البيع والكتابة، أو قال: قبلتهما جميعًا فطريقان: أحدهما: فيه قولي الجمع بين مختلفي الحكم، ففي قول: يصحان، وفي قول: يبطلان، وأصح الطريقين أن البيع باطل؛ لتقديم أحد شقيه على مصير العبد من أهل مبايعة السيد، وإذا بطل البيع ففي صحة الكتابة قولان؛ لأنه جمع في الصفقة الواحدة بين ما يجوز وما لا يجوز، كما لو باع عبده وعبد غيره، فلو قلنا بصحة الكتابة صحت بجميع العوض في قول، وبالقسط في الأظهر، فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب فما يخص العبد يلزمه في النجمين، فإذا أداه عتق، وإن أفسدنا الكتابة قال الرافعي: فعليه أداء جميع المال لتحصل الصفة فيعتق ثم يتراجعان.

قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول آخر وهو: إنه إذا أدى ما يخص قيمته يعتق ثم يتراجعان، وأدى الإمام الطريقين على نسق آخر، فقال: يفسد البيع لسبق إيجاب البيع على تمام الكتابة، وخرج بعضهم فيه وجهًا أنه يصح، فإن أفسدنا البيع ففي صحة الكتابة قولُ تفريق الصفقة، وإن صححناه فيتجه تخريجهما على القولين في الجمع من مختلفي الحكم، هذا حاصل ما أورده الرافعي، وطرح من «الشرح الصغير» ما نقله عن إيراد الإمام.

وعجب قوله في «الشرحين» فإن قلنا: إنها فاسدة فعليه أداء جميع المال لإيهامه التحتم، وكان الأحسن أن يقال: فإن أدى جميع المال عتق لحصول

(أَوْ) كَاتَبَهُ (عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا) أَوْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ كَذَا كَثَوْبٍ بِأَلْفٍ (فَسَدَتْ) أَيِ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ.
تَنْبِيهٌ: لَوْ قَالَ الْمُصَنِّفُ عَلَى ابْتِيَاعِ كَذَا لَشَمِلَ صُورَةَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ.

وَلَوْ كَاتَبَ عَبِيدًا ....

الصفة، وقال الماوردي: إذا كاتبه وباعه دارًا بألف فإن فصل بين العوضين صحت الكتابة، فأمَّا البيع فإن قدمه في العقد على لفظ الكتابة بطل البيع، وإن صحت الكتابة، وإن قدَّم لفظ الكتابة على لفظ البيع نظر، فإن كان العبد قد بدأ بطلب الكتابة قبل إجابة السيد صح البيع إذا قبله العبد؛ لأن الكتابة قد تمت بطلب العبد وإجابة السيد، فصار للسيد بعدها مستأنفًا لمبايعة مكاتبه، وإن لم يكن العبد قد ابتدأ بطلب الكتابة وابتداء السيد ببذلها بطل البيع وصحت الكتابة، هذا حكم التفصيل، فإن جمع بينهما في العقد ولم يفصل بين على قولي الجمع بين مختلفي الحكم، فإن أبطلناه بطل العقد هنا فيهما، وإن أجزناه أثبتنا حكم العقد هاهنا فيهما على ما سبق من تفصيل العوض فيهما، ثم ينظر إن قدَّم ذكر الكتابة على ذكر البيع صح العقد فيهما لصحة الكتابة بتقدمها فصح البيع، ويقسط الألف على قيمة الدار، وكتابة المثل فما قابل قيمة الدار منها كان ثمنًا، وما قابل كتابة المثل كان مالًا في الكتابة، فيجري على كل واحد منهما حكمه لو انفرد.

وإن قدم في العقد ذكر البيع على ذكر الكتابة بطل البيع؛ لأنه صار فيه مبايعًا لعبده، وفي بطلان الكتابة قولٌ: تفريق الصفقة، ثم فرع على القول بالتفريق فقال: ففيم يقسم به العبد على الكتابة؟ قولان: **أحدهما**: بجميع الألف ولا فسخ، **والثاني**: يقيم عليها بقسطها من كتابة المثل وقيمة الدار إذا قوبلتا بالألف. هذا حاصل كلامه رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى.

إشارة: كان قضية إصلاح المصنف أن يقول: فالمذهب بطلان البيع، والأظهر صحة الكتابة، هكذا في «الروضة» و«أصلها» وهو مراد «المحرر» بقوله: فالأصح بطلان البيع، وفي الكتابة قولٌ: تفريق الصفقة، انتهى.

ولا يخفى ما بين طريقة الماوردي وما ارتضاه الرافعي من التفاوت، وهل مراد الماوردي بقوله كتابة المثل قيمة مثل العبد؟ فيه نظر. والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَ عَبِيدًا**) أي: صفقة واحدة.

عَلَى عِوَضٍ مُنَجَّمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ فَالنَّصُّ صِحَّتُهَا، وَيُوَزِّعُ عَلَى قِيمَتِهِمْ يَوْمَ الْكِتَابَةِ فَمَنْ أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ، وَمَنْ عَجَزَ رَقَّ.

(عَلَى عِوَضٍ مُنَجَّمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ فَالنَّصُّ صِحَّتُهَا، وَيُوَزِّعُ عَلَى قِيمَتِهِمْ يَوْمَ الْكِتَابَةِ فَمَنْ أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ، وَمَنْ عَجَزَ رَقَّ) هكذا قضيته في «الأم» و«الإملاء» و«البويطي» و«المختصر» ونص على البطلان فيما إذا اشترى ثلاثة عبيد، كل عبد لرجل من ملاكهم صفقة واحدة، ونص أنه لو نكح نسوة أو خالعهن على عوض واحد أن المستحق على قولين، وسبقت مسألة النكاح في كتاب الصداق. والحاصل في البيع والكتابة أربعة طرق: **أحدها**: إنهما على قولين نقلًا وتخريجًا، **وثانيها**: يفسد البيع وفي الكتابة قولان، **وثالثها**: تصح الكتابة قطعًا، وفي البيع قولان، وهو ما صححه البغوي وغيره، **رابعها**: تصح الكتابة ويفسد البيع تقريرًا للنصين فيهما وإذا أفردت.

قلت: في البيع طريقان: **أصحهما**: طرد القولين. **والثاني**: القطع بالفساد، وفي الكتابة طريقان: **أصحهما**: قولان. **والثاني**: القطع بالصحة، هذا حاصل «الروضة» في كتاب «الصداق».

وقال الماوردي هنا ما ملخصه: خرج ابن سريج والكتابة على قولين، وذهب أبو إسحاق والإصطخري وابن أبي هريرة إلى أن البيع باطل قولًا واحدًا؛ لأن حكمه مجمع عليه، وفي الكتابة قولان لتخريج الربيع:

أحدهما: إن الكتابة باطلة كالبيع؛ لأن كل واحد من المكاتبين قد جهل في العقد مال الكتابة، والجهل بمالها يوجب فسادها، كما لو ابتدأ كتابته على مال مجهول.

والثاني: صحة الكتابة، وإن نقل البيع والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: إن المقصود بالكتابة القربة والبر فخف حكمها، والمقصود بالبيع الربح والمعاينة فيغلظ حكمه.

والثاني: إنه قد ينفذ العتق في الكتابة الفاسدة كنفوذه في الكتابة الصحيحة، ولا ينتقل الملك بالبيع الفاسد فافترقا لخفة حكم الكتابة وتغليظ

....

حكم البيع، انتهى.

وفي كتاب «البويطي» بعد الحكم بصحة الكتابة، فإن قيل: أفيجوز لرجل أن يشتري من ثلاثة رجال ثلاثة عبيد بثمن مسمى حله؟ قيل: لا من قبل أن المبتاع وإن كان واحدًا فإن المباع ثلاثة، ولو اشترى رجل من رجل ثلاثة أشياء دارًا وفرسًا وعبدًا بمائة دينار جاز؛ لأن البائع واحد، وكذلك سيد المكاتبين واحد وهو مالكهم، انتهى.

وعبر الأئمة عن هذا الفرق بأن في الكتابة يجمعهم مالك واحد، وإيجابهم صدر عن رأي شخص واحد، فيكون كالواحد كاتب واحدًا، وفي البيع لم يجمعهم ملك مالك واحد، وإيجابهم صدر عن أراء أشخاص مختلفة فافترقا، إذا علمت هذا، فتفريع المذهب ما ذكره المصنف ونص عليه الشافعي، وهو أن المسمى يوزع على قيمتهم يوم الكتابة، فمن أدى حصته منهم عتق ولا يتوقف عتقه على أداء غيره، ومن عجز منهم رق، وما ذكره من التوزيع على قيمتهم هو أصح القولين، وقطع به قاطعون، فإذا كانوا ثلاثة وكانت قيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة، فعلى الأول سدس المنتهى، وعلى الثاني ثلثه، وعلى الثالث نصف، والاعتبار بقيمة يوم الكتابة؛ لأن سلطنة السيد تزول يومئذ، والقول الثاني أن المسمى يوزع على عدد رؤوسهم، وأجرى هذا القول في عوض الخلع والصداق، وذكر الإمام أنه لو طرده طارد على ضعفه لم يبعد، انتهى.

واعلم أنه لا خلاف عندنا إذا صححنا الكتابة أن من أدى حصته عتق، ومن عجز رق كما سبق، ولا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أديتم فأنتم أحرار؛ لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة، ولذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق، وإذا مات السيد لم تبطل الكتابة، بخلاف التعليقات.

وقال أبو حنيفة ومالك: إنما يعتقون إذا أدوا جميع المال.

فَرْعٌ: إذا حكمنا بفساد هذه الكتابة، فإن أدوا المال جميعًا عتقوا بحكم

التعليق، وإن أدى بعضهم حصته فهل يعتق؟

قال الرافعي: فيه وجهان أو قولان المنسوب إلى نصه في «الإملاء» أنه يعتق، ووجه بأن العتق في الكتابة الفاسدة محمول على المعاوضة، ولذلك نقول بأن السيد والعبد يتراجعان.

وقضية المعاوضة أن يعتق كل واحد منهم بأداء عليه، وأقيسهما وهو الذي صححه ابن كج والقفال وغيرهما: إنه لا يعتق؛ لأن الصفة لم تكمل فأشبه ما إذا قال: إن دخلتم الدار فأنتم أحرار فدخل بعضهم لا يعتق.

قلت: وهذا ما نسبه الماوردي إلى اختيار الشيخ أبي حامد، وقال: إن الظاهر من مذهب الأول.

فائدة: لا خلاف عندنا أنه لا يحمل بعضهم عن بعض شيئًا، قال الماوردي: وقال أبو حنيفة ومالك: يلزم كل واحد منهم ضمان ما على الآخرين؛ لأن كتابتهم واحدة، فاشتركوا في التزامها، وضمان مالها وصار كل واحد منهم مأخوذًا بجميعها.

قال: وهذا غير صحيح؛ لأن الاجتماع على الكتابة كالاجتماع على الابتياع، فلما لم يلزم الضمان في الإجماع على الابتياع لم يلزم الضمان في الاجتماع على الكتابة، انتهى.

وقال ابن عبد البر بعد قول مالك في «الموطأ» الأمر المجتمع عليه عندنا أن العبيد إذا كوتبوا كتابة واحدة، فإن بعضهم حمل على بعض، وإن لا يوضع عنهم حتى يموت أحدهم شيء، فإن قال أحدهم: قد عجزت وألقى بيده فإن لأصحابه أن يستعملوه فيما يطيق من العمل، ويتعاونون في كتابتهم حتى يعتق بعتقهم أو يرق برقهم إن رقوا.

روي عن سفيان كقول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يكون العبيد حملًا إلا أن يشترطه في عقد الكتابة، ثم حكى مذهب الشافعي أنه لا يجوز أن يحمل أحدهم عن أصحابه شيئًا، وإن اشترط السيد ذلك عليهم فسد العقد، ثم

وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضِ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ فَلَوْ كَاتَبَ كُلَّهُ صَحَّ فِي الرِّقِّ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ فَسَدَتْ إنْ كَانَ بَاقِيهِ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ، ....

قال: والقياس ألا تصح حمالة المكاتبين بعضهم عن بعض، كما لا تصح حمالة الأجنبي عنهم؛ لأن الكتابة دين ليس بثابت لسقوطه بالموت والعجز، انتهى وما أكثر إنصافه رحمه الله تعالى.

قال: **(وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضِ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ)** لأنها تفيده الاستقلال باستغراقها ما رق منه.

(فَلَوْ كَاتَبَ كُلَّهُ صَحَّ فِي الرِّقِّ فِي الْأَظْهَرِ) أي: من قولي تفريق الصفقة، وكذا لو ظن رق فبان بعضه حرًّا، فإن أفسدنا لم يعتق حتى يؤدي كل المسمى ليتحقق الصفة، ثم يسترد من السيد ما أوصى وللسيد عليه، قسط القدر الذي كاتبه من القيمة، وإن صححنا استحق قسط الرقيق منه من القيمة لا جميع المسمى على الأظهر، كما سبق بيانه في باب تفريق الصفقة.

قال: **(وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ فَسَدَتْ إنْ كَانَ بَاقِيهِ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ)** أي: لعدم استقلال العبد؛ ولأن نصيب الشريك ينتقص فيتضرر به، وقيل: يصح كما ينفرد أحدهما بالإعتاق والتدبير.

وقال الإمام: ذهبت طائفة إلى تخريج قولين في حال عدم الإذن وهو منقدح؛ لأن إذن الشريك لا يفيد الاستقلال فلا يبقى إلا تخيل ضرر الشريك، وهذا لا حاصل له مع نفوذ العتق من الشريك.

تَنْبِيهٌ: قال في «الدقائق» قول «المنهاج»: فسدت إن كان باقيه لغيره هو مراد «المحرر» وبقوله فالكتابة باطلة.

واعلم أن الفاسد والباطل من العقود عندنا سواء في الحكم إلا في مواضع منها الحج والعارية والخلع والكتابة، فتجوز «المحرر» تسميتها باطلة ومراده أنها فاسدة يترتب عليها أحكام الفاسدة من العتق بالصفة وغيره لا أنها باطلة حقيقة لاغيه، انتهى. وسنذكر ما يستثنى من إطلاق المصنف الفساد.

وَكَذَا إِنْ أَذِنَ أَوْ كَانَ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال: (**وَكَذَا إِنْ أَذِنَ أَوْ كَانَ لَهُ عَلَى المَذْهَبِ**) فيه صورتان:

الأولى: أن يأذن له شريكه في ذلك ففيه طريقان: أغربهما: وبها قال ابن سلمة: القطع بالفساد لما سيأتي.

وأشهرهما: إن المسألة على قولين: **أظهرهما**: وهو المنصوص في «الأم» وأكثر كتبه كما قال الماوردي إنها فاسدة لأربعة معانٍ:

أحدها: عدم استقلاله.

وثانيها: عدم قدرته على الاستعانة بمال الصدقات؛ لأنها لا تدفع إليه.

وثالثها: إنه إذا كوتب في نصفه على ألف لم يعتق إلا بأداء ألفين، أحدهما للشريك، وما أفضى إلى هذا لم تصح به الكتابة، كما لو شرط عليه الزيادة لفظًا.

ورابعها: إنه إذا أدى ما كوتب عليه سرى العتق إلى باقيه، فيعتق بالكتابة ما لم يدخل فيها ففسدت، كما لو قال: كاتبتك على أنك إذا أديت مال كتابتك فأنت وأخوك حران؛ فسدت لتعدي العتق فيها إلى ما لم يدخل في عقدها، كذا في مسألتنا.

والقول الثاني نص عليه في كتاب «الإملاء» على مسائل محمد بن الحسن أن الكتابة صحيحة، وبه قال أبو حنيفة ومالك؛ لأن المانع منها دخول الضرر على الشريك، وقد رضي بالضرر فزال المنع وصحت الكتابة، هذا حاصل «الحاوي» وبنى المراوزة القولين على المعنيين الأولين، إن قلنا المعنى عدم تحصيل مقصود العبد كما ينبغي لم ينجز، وإن قلنا المعنى الإضرار بالشريك جاز لرضاه به.

والصورة الثانية: أن يكون جميعه له وفيها طريقان: أصحهما: وهو المنصوص وبه قطع الجمهور الفساد لعدم استقلاله، والثاني: فيه قولان: أصحهما: ما ذكرناه، وثانيهما: خرَّجه ابن سريج مما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه.

واعلم أن عبارة «الروضة» إن كان باقيه له لم يصح على المذهب

....

والمنصوص، وبه قطع الجمهور، وإن كان الباقي لغيره، وأذن فقولان: أظهرهما: لا يصح، ولم يذكر طريقة ابن سلمة وهي في الرافعي، فكان قضية اصطلاحه أن يقول في «المنهاج»: وكذا إن أذن في الأظهر، أو كان باقيه له على المذهب، أو على النص، والخطب هين.

تنبيهان:

أحدهما: قال إبراهيم المروزي بعد نقله المنصوص: والمخرج والأصح أن القولين في حال الصحة، وفي مرض الموت يجوز قولًا واحدًا، والفرق أن حال الصحة يقبل من الصحة والتكميل ما لا يقبله حالة مرض الموت، واقتضى كلامه أن موضع الجزم بالصحة ما إذا كان القدر الذي كاتبه منه هو ثلث ماله، قال: فلو كاتب بعضه، وفي الثلث اتساع فيه قولان. الثاني: يستثنى من إطلاق المصنف الفساد صور:

منها: أن يوصي بكتابة عبده فلم يخرج من الثلث إلا بعضه، ولم تجز الورثة، فالأصح أنه يكاتب ذلك القدر.

ومنها: جزم البغوي في «تعليقه»: بأنه لو أوصى بكتابة بعض عبده صحَّ، ونقله المروزي عن النص.

ومنها: ما ذكره المروزي أنه لو كاتب في مرض موته بعض عبده، وذلك البعض ثلث ماله صح قولًا واحدًا.

ومنها: لو كان بعضه موقوفًا على خدمة مسجد ونحوه من الجهات العامة وباقيه رقيق فكاتبه مالك بعضه فيشبه أن يصح على قولنا الملك في الوقف ينتقل إلى الله تعالى؛ لأنه يستقل بنفسه في الجملة، ولا يبقى عليه احتكام مالك، بخلاف ما لو وقف بعضه على معين كذا خطر لي ولم أر فيه شيئًا.

ومنها: قال صاحب «الخصال»: لا تجوز كتابة بعض عبد إلا في حالين: أحدهما: أن يموت عن ابنين فيقر أحدهما بالكتابة، فيكون نصفه مكاتبًا، انتهى.

وفي استثناء هذه الصورة نظر، ومثلها: لو ادَّعى العبد على سيده أنهما

وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعًا أَوْ وَكَّلَا صَحَّ إِنْ اتَّفَقَتْ النُّجُومُ وَجُعِلَ الْمَالُ عَلَى نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا ،

كاتباه فصدَّقه أحدهما ، وكذَّبه الآخر. والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعًا أَوْ وَكَّلَا**) أي: وكل أحدهما الآخر.

(**صَحَّ إِنْ اتَّفَقَتْ النُّجُومُ**) أي: جنسًا وعددًا وأجلًا.

(**وَجُعِلَ المَالُ عَلَى نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا**) أي: صرحا باشتراط ذلك أو أطلقا ؛ لئلا يؤدي إلى انتفاع أحدهما بمال الآخر ، فإن اختلفت النجوم في الجنس أو في العدد أو قدر الأجل ، أو شرطا التساوي في النجوم مع تفاوت الملك أو بالعكس ففي صحة الكتابة القولان فيما إذا كاتب أحدهما نصيبه بإذن الآخر ، وقيل : تبطل قطعًا إذ يلزم من التجويز أن ينتفع أحدهما [بمال] بالآخر ؛ لأنه إذا استوى الملكان ودفع إلى هذا مائة وإلى هذا مائتين فقد ترتفع الكتابة بالعجز ، فيحتاج الأول أن يرجع على الثاني بخمسين ، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق ؛ وبهذا الطريق قال القاضي أبو الطيب وغيره.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي : إنه أصح في [القياس][(١)].

إشارات: منها : ما تقدم من الجزم بالصحة كاتباه معًا هو المذهب المشهور ، قال الماوردي : وخرج بعض أصحابنا [كاتبها][(٢)] على قولين ؛ لأن العقد إذا اجتمع في أحد طرفيه [عاقدان][(٣)] جرى عليه حكم العقدين ؛ فصار كل واحد منهما كالمنفرد بكتابته ، وذهب جمهور أصحابنا إلى فساد هذا التخريج ، وأن الكتابة باجتماعهما عليها جائزة قولًا واحدًا ، لكمال تصرفه وجواز أخذه من الصدقات.

ومنها : ذكرا اعتبار اتفاق الجنس في النجوم وسكتا عن اشتراط اتفاق النوع ، ويحتمل أن يعتبر اتفاقه أيضًا [كالجنس] أو يجري فيه خلاف ، ولم أرَ فيه شيئًا.

---

(١) في نسخة: (المعنيين).

(٢) زيادة من نسخة.

(٣) زيادة من نسخة.

فَلَوْ عَجز فَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الْآخَرُ إِبْقَاءَهُ فَكَابْتِدَاءِ عَقْدٍ، وَقِيلَ يَجُوزُ، وَلَوْ أَبْرأَ مِنْ نَصِيبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ، وَقُوِّمَ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

ومنها: المشهور المنصوص في «الأم» أنه لا يشترط لصحة الكتابة استواء الشريكين في ملك العبد.

قال الرافعي: وفي «الكافي» للروياني وجه ضعيف.

قلت: أصله أن الشافعي قال في «المختصر»: لا يجوز أن يكاتباه حتى يكونا فيه سواء.

قال الماوردي: واختلف أصحابنا في تأويله على وجهين فذكر هذا الوجه الضعيف.

ثم قال: والثاني وبه قال جمهور أصحابنا، ونص عليه في موضع من «الأم» أن المراد به أن يتساويا في مال الكتابة بحسب الملك.

قال: **(فَلَوْ عَجز فَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الْآخَرُ إِبْقَاءَهُ فَكَابْتِدَاءِ عَقْدٍ)** أي: فلا يجوز بغير إذن شريكه على المذهب ولا بإذنه على الأظهر كما تقدم.

قال: **(وَقِيلَ: يَجُوزُ)** لأن الدوام أقوى من الابتداء، وهذا طريق قاطع بالجواز لا وجه كما يفهمه كلام المصنف، وقيل: يجوز هنا بالإذن قطعًا.

قال: **(وَلَوْ أَبْرَأَ)** يعني: أحدهما.

(مِنْ نَصِيبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ، وَقُوِّمَ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا) أما نصيبه في الصورتين فواضح، وأما التقويم فيهما فهو المذهب المشهور، وحكي وجه أو قول مخرج أنه لا يسري، ثم في وقت السراية قولان:

أحدهما: إنها تثبت في الحال لئلا تنقض الحرية، وأظهرهما: لا تثبت في الحال؛ لانتفاء سبب الحرية للنصب الآخر، وقد يؤدى وقد يعتق؛ ولأن العبد يتضرر به من حيث إنه ينقطع عنه الولد والكسب، وعن ابن سلمة القطع بهذا القول فعلى هذا إنما يثبت عند العجز إن عجز أو عجز، فإن لم يتفق ذلك بل عتق بأداء أو إبراء عتق نصيب كل واحد عنه، وكان الولاء بينهما وتفاريع المسألة كثيرة لا نطيل بذكرها.

[فَصلٌ]: يَلْزَمُ السَّيِّدَ أَنْ يَحُطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ.

قال: (**فَصْلٌ: يَلْزَمُ السَّيِّدَ**) أي: في الكتابة الصحيحة.

(**أَنْ يَحُطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ المَالِ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ**) أي: بعد أخذه النجوم أو بدلها ليستعين به لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] وظاهره الوجوب واختار الروياني في «الحلية» استحباب الإيتاء.

وقال المزني في كتابه «نهاية الاختصار»: وعلى سيده أن يضع من كتابته شيئًا في قول الشافعي، ولم يجد في ذلك حدًا ولا يبين عندي أن ذلك عليه، انتهى.

وللناس أقوال في المخاطب بالإيتاء، ومذهب الشافعي أنهم السادة وإن ذلك على الوجوب، وما جزم به المصنف من التخيير بين الحط والإيتاء هو المذهب الصحيح، إذا عرفت هذا فظاهر كلام المصنف أنه يلزمه أن يحط عنه جزاء مما وقع العقد عليه من المال أو يدفع إليه جزءًا منه بعد قبضه.

وقال في «الروضة»: الإيتاء بالحط لا يكون إلا من نفس مال الكتابة، وأما البذل فإن كان المبذول من غير جنس مال الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح، وبه قطع الأكثرون.

قلت: نص عليه في «الأم» وشذ الغزالي بترجيح اللزوم، فلو رضي به جاز قطعًا نص عليه، وإن كان المبذول من غير مال الكتابة لكن من جنسه لزمه القبول على الصحيح كالزكاة؛ لأن المقصود الإعانة.

قلت: والثاني لا يلزمه بل يجب أن يكون المبذول من مال الكتابة، وهو ظاهر كلام «المنهاج» وعليه جرى خلائق منهم الماوردي والبندنيجي والمحاملي في «المجموع» وابن الصباغ والعمراني والبغوي في «تعليقه» وجعلوه ظاهر المذهب، وجزم المحاملي في «المقنع».

وفي «البحر» عن بعضهم أن الأول غلط؛ لأنه مخالف لظاهر الآية، ثم حكى عن القاضي الطبري أنه قال: إن المشهور الإجزاء، وإن قال: لا يجزئ أخذه أخذًا من قول الشافعي ويعطيه مما أخذ فقد غلط، فإن الشافعي أراد من

وَالْحَطُّ أَوْلَى، وَفِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ أَلْيَقُ، ....

جنسه لا من عينه، قال الروياني: وهذا أصح عندي، انتهى وهو الصحيح لا ما اقتضاه كلام «المنهاج».

قال: **(وَالحَطُّ أَوْلَى)** أي: من الدفع؛ لأن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحط محققة دون الدفع؛ لأنه قد ينفق في جهة أخرى أو يضيع، وقد يضمن كلام الشيخين التخيير بين الأمرين جزمًا.

وقال ابن الرفعة ظاهر كلام «التنبيه» يقتضي أن الحط هو الواجب فإذا لم يفعل وجب الإيتاء، وهو ظاهر نص «الأم» قال الشافعي: ويجبر السيد على أن يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيئًا وعليه جرى بعض الأصحاب؛ إذ لا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه، وبعضهم قال: الأصل في الوجوب الإيتاء، ومعناه أنه إذا أدى جميع النجوم يؤتيه ما يتعيش به، والحط يقوم مقامه، وحكى القاضي الحسين وجهًا ثالثًا أنه يتخير إن شاء أتى وإن شاء حط، وهو ما أورده البندنيجي، وكذا الماوردي لكنه قال: إذا أراد السيد أن يعطيه نقدًا وأراد المكاتب الحط فقول المكاتب أولى؛ لأنه يريد تعجيل ما عليه، قال القاضي الحسين: فائدة الخلاف إنما تبين في الكتابة الفاسدة، فإن قلنا: إن الأصل هو الإيتاء فهل يجب؟ فيها وجهان، وإن قلنا: الأصل الحط، فلا خلاف أنه لا يجب، انتهى.

قال: **(وَفِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ أَلْيَقُ)** لأن المقصود الإعانة على العتق والإيتاء أو الحط هنا أقرب إلى تحصيله.

وقال الشافعي: في أثر ابن عمر - رضي الله عنه - في حطه عن مكاتبه خمسة آلاف من خمسة وثلاثين ألفًا، وأحسبه قال: من آخر نجومه.

ورأيت في «فروع ابن القطان» أنه روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: الكتابة على نجمين والإيتاء من النجم الثاني، قال: وينظر في ذلك، فإن كاتبه على ثلاثة أنجم أعطاه من النجم الثاني ليستعين به في النجم الثالث، وإن كانت على نجمين فسبيله أن يعطيه من النجم الأول ليستعين به في النجم الثاني،

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ وَلَا يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْمَالِ، ....

انتهى والظاهر أن كلامه في الأفضل.

قال: **(وَالْأَصَحُّ)** أي: المنصوص في «الأم» وغيره.

(أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ وَلَا يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ المَالِ) أي: كثرة وقلة؛ لأنه لم يرد فيه تقدير والآية تتناول القليل والكثير.

والثاني: ينبغي أن يكون قدرًا يليق بالمال ويستعين به على العتق دون القليل الذي لا وقع له، وعلى هذا يختلف بكثرة المال وقلته فإن لم يتفقا على شيء قدره الحاكم باجتهاده وينظر إلى قوة العبد وإكسابه، وقيل يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار.

قال الرافعي: ويشبه أن ينظر إليهما جميعًا، وحكى الماوردي الوجه الثاني عن أبي إسحاق وإنه يقال يتقدر من مال الكفاية بالاجتهاد كالمتعة، قال: وتعتبر ثلاثة أمور:

أَحَدُهَا: كَثْرَةُ مَالِ الْكِتَابَةِ وَقِلَّتِهِ، فَيَكُونُ مَا يُعْطَى مِنَ الْكَثِيرِ أَكْثَرَ وَمِنَ الْقَلِيلِ أَقَلَّ.

وَالثَّانِي: قُوَّةُ المُكَاتَبِ وَضَعْفُهُ، فَيُعْطَى الضَّعِيفُ الْكَسْبِ أَكْثَرَ، وَالْقَوِيُّ الْكَسْبِ أَقَلَّ.

وَالثَّالِثُ: يَسَارُ السَّيِّدِ وَإِعْسَارُهُ.

وفي «تعليق» البغوي أن المذهب الصحيح أنه يجب ما يقع عليه اسم المال حطًا أو إيتاء.

وقال أبو إسحاق: وإليه ذهب أكثر أصحابنا فذكره.

وفي «إقناع» الماوردي يجب أن يضع عنه ما يستفيد به في كتابته، ولا يتعذر إلا بعرف المثل أو اجتهاد الحاكم، انتهى.

وقال الإصطخري: يحتمل أن يقدر بربع العشر.

وقال الإمام: إذا قلنا يقدره الحاكم فقدره ما يتيقن رفعه بالنسبة إلى مال

وَأَنَّ وَقْتَ وُجُوبِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ، ....

الكتابة كفى، فإن تيقنا أنه لا وقع له لا يكفي، وإن قلنا: بخلاف لتعارض أصل براءة السيد وأصل وجوب الإيتاء.

قال: (**وَأَنَّ وَقْتَ وُجُوبِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ**) أي: ليستعين به على تحصيل العتق كما يدفع إليه سهم الرقاب قبل العتق، وعلى هذا إنما يتعين فيما يهم الآخر، والثاني: بعد العتق ليكون بلغة له كما تجب المتعة بعد الطلاق، وأما وقت الجواز فمن أول عقد الكتابة ويجوز بعد الأداء وحصول العتق أيضًا لكن يكون قضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق، وفي وجه لا يجوز الإيتاء مما قبل النجم الأخير بل يجب أن يحط منه ليرتب عليه العتق أو يؤتيه بعد العتق؛ ليحصل التمليك التام هذا ما نقله الشيخان.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: اختلف أصحابنا هل الإيتاء الأصل والحط بدل عنه أو بالعكس وهو مخير بينهما؟ فيه أوجه، ثم الحط إنما يجب عند أداء آخر النجوم؛ ليحصل به العتق فلو حط في آخر النجوم، ولم يحصل به العتق هل تجنب ذلك عن الحط الواجب أم لا؟ فيه وجهان، وكذلك لو حط في النجم الأول هل يقوم مقام الحط في آخر النجوم أم لا؟ فيه وجهان، إن قلنا: لا يقوم مقامه ينحط ذلك القدر عن ذمته والحط الواجب على السيد باقٍ، وقيل الإيتاء بعد العتق لسائل مالًا كالمتعة تكون بعد الطلاق، فلو أتاه قبل العتق هل يصح عن الواجب أم لا؟ فيه وجهان، انتهى.

وقال ابن الرفعة: لا خلاف أنه لا يجب عقب العقد ولو فعله أجزأ، وقيل: يجب وجوبًا مضيقًا بعد العتق، وعلى هذا يكون وقت الوجوب الأداء إلى العتق وما قبله وقت جواز له، وقيل: إن وقت وجوبه المضيق بعد أداء معظم المال وإسرافه على العتق في النجم الآخر، وهو المذهب في «تعليق» البندنيجي، وبه قال أبو إسحاق وغيره: ورجحه في «البحر» وعبارة بعضهم أنه يجب إذا بقي عليه من مال الكتابة قدر ما يلزمه السيد يدفعه إليه وعلى هذا يكون الوجوب الموسع من دخول وقت وجوب الأداء إلى ذلك الوقت.

وقيل: إنما يدخل وقت الوجوب الموسع إذا تساوى منه بعد العقد ويكون

وَيُسْتَحَبُّ الرُّبُعُ، وَإِلَّا فَالسُّبُعُ.

وقت تضييقه عند آخر النجوم، وقيل: إذا حط أو آتاه مالًا قبل أداء النجوم لا يجوز بل يجب أن يحصل العتق بحطه أو إيتائه أو يؤتيه بعد العتق، فإن لم يحصل العتق به لا يكون قد قام بالواجب، انتهى.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ الرُّبُعُ**) لما روي من حديث علي رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] قال: **رُبُعَ الْكِتَابَةِ**»[١] قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وقال النسائي: الصواب وقفه، وقال الشيخ إبراهيم المروزي: هذا هو المحفوظ، وقد رواه حجاج بن محمد وعبد الرزاق عن ابن جريج مرفوعًا إلى النبي ﷺ انتهى.

قال: (**وَإِلَّا فَالسُّبُعُ**) أي: فإن لم يسمح بالربع فالسبع قال الشافعي: أخبرنا الثقة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر: «**أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ بِخَمْسَةٍ وَثَلَاثِينَ أَلْفًا وَوَضَعَ عَنْهُ خَمْسَةَ آلَافٍ أَحْسِبُهُ قَالَ مِنْ آخِرِ نُجُومِهِ**»[٢] ورواه مالك في «الموطأ» وفي وجه شاذ: يستحب وضع الثلث، وليس بشيء.

تنبيهات وتتمات تتعلق بالفَصْلِ:

منها: استثنى في «اللباب» وأصله الرونق و«الشافي» و«التحرير» للجرجاني من وجوب الحط أو الإيتاء صورتين

الأولى: أن يكاتبه على منفعة نفسه.

والثانية: أن يكاتبه في مرض موته والثلث لا يحتمل أكثر من قيمته.

وفي «البيان» وغيره أنه لو وهب عبده النجوم عتق وهل له أن يطالب سيده ثلثًا فيه وجهان أرسلهما في كتاب الصداق من «تنقيح الوسيط» والظاهر المنع كما اقتضاه كلام «الروضة» وأصلها هناك، وإنما ينقدح الخلاف إذا قيل: إن وقت وجوب الإيتاء إنما يدخل بعد أداء شيء من النجوم أو بعد العتق أما إذا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٧٥، ١٥٥٨٩)، والنسائي (٣/ ١٩٨، ٥٠٣٤)، والحاكم (٢/ ٤٣١، ٣٥٠١)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٨، ٢١٤٥٦)، والضياء (٢/ ١٩٤، ٥٧٦).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٥٥٩١).

قيل يدخل بالعقد فلا، وقد يبنى على أن الواجب في الأصل الحط والإيتاء.

ومنها: الحط من النقد والمثلي ونحوهما واضح أما لو كاتبه على بعيرين موصوفين ونحوهما في نجمين فيه إشكال؛ إذ لا يكلف حط بعير كامل مثلًا ولا دفعه بعد أخذه، وفي تكليفه حط جزء منه أو دفعه إليه بعد أخذه من الضرر ما لا يخفى، وتحصيل شقص من خارج متعذر أو نادر وضرر الشركة بين فكيف الحال هنا؟ لم أرَ فيه شيئًا ويقرب أن يقال يجزئه هنا الإيتاء من غير الجنس للضرورة، كما قيل به في مواضع الضرورة من زكاة الحيوان وغيرها، ولينظر كيف يكون الإيتاء لو كان للملتزم منافع في الذمة هل يكون الحكم كما لو كاتبه على منفعة نفسه كما سبق إن سلم أو يجب حط بعضها.

ومنها: محل وجوب الإيتاء في الكتابة الصحيحة كما أشرنا إليه، وقيل: يجب أن يحط في الفاسد شيئًا من القيمة الواجبة فيها، ومن أعتق عبده بعوض أو باعه نفسه فلا إيتاء، وقيل: يجب في كل عقد عتاقه بعوض وهو شاذ.

ومنها: إذا أخذ السيد النجوم ومات قبل الإيتاء لزم الورثة الإيتاء، فإن كانوا محجورين تولاه وليهم، فإن كان مال الكتابة باقيًا.

قال في «الروضة»: أخذ الواجب منه ولا يزاحمه الغرماء؛ لأن حقه في عينه أو هو كالمرهون به ونص عليه في «المبسوط» وقاله القفال وإن لم يكن باقيًا أوجه:

أحدها: إن واجب الإيتاء لضعفه يؤخر عن الديون ويجعل في رتبة الوصية.

والثاني: أنا إذا قلنا يقدر الواجب بالاجتهاد فأقل ممول في رتبة الديون والزيادة في رتبة الوصية لضعفها وأصحها إنما يحكم بوجوبه على الاختلاف يقدم على الوصايا، وإن أوصى بزيادة على الواجب فتلك الزيادة من الوصايا، انتهى.

ومنها: قال الرافعي: إذا لم يبق من النجوم إلا قدر الإيتاء فلا يسقط ولا

وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ، ....

يحصل التقاص لأنا وإن جعلنا الحط أصلًا - أي: وهو الصحيح المنصوص- فللسيد أن يؤتيه بدلًا عنه، ولا يجوز للسيد تعجيله فإن عليه مثله ولكن يرفعه المكاتب إلى الحاكم حتى يرى رأيه ويفصل الأمر بينهما، وإن جعلنا الإيتاء أصلًا أي أو قلنا بالتخيير بين الإيتاء والحط، نص القاضي الحسين: إن له تعجيزه بالباقي إذا لم يجده، ولم يقع العقد من أصله، قال الإمام: وهذا عندي غير صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره ولا يفوت العتق، انتهى.

وعبارة الإمام وهذا عندي غير صحيح فإنه إن وجب عليه ما بقي عليه فللسيد مثله، ونحن نقول في مثل هذا بالتقاص، ثم ذكر الرافعي: والظاهر أنا إذا قلنا بما جعله جمهور العراقيين المذهب أن الإيتاء يجب أن يكون من المدفوع بها من جنسه أنه يجزئ التَّقَاصُّ ولا معنى لتعجيزه، والله أعلم.

ومنها: قال الماوردي: إذا قبض السيد منه بعض النجوم وكان باقيًا فهو مخير بين أن يدفع حال الإيتاء نقدًا وبين أن يبرئ المكاتب منه، فإن أبرأه لم يكن للمكاتب أن يطلبه نقدًا وطلب المكاتب الإبراء فقول المكاتب أولى؛ لأنه يريد تعجيل ما عليه بالإيتاء، انتهى. وما ذكره لا يسلم من نزاع، ويحتمل أن يبنى على أن الواجب حالة الحط أو الإيتاء، فإن قبل الحط أجيب العبد، وإلا فلا.

خاتمة: سبق أن الإيتاء في النجم الأخير أليق ولم أر له إلا ما أشرت إليه، ويشبه أن يفصل فيقال: إن كان يخشى منه أن يضيع ما يؤتيه من أول النجوم ولا يستعين به فالتأخير أفضل وإذا كان ثقة صالحًا، ولو دُفِعَ إليه شيء في أول نجومه ليثمره، ويستعان به على بقية النجوم أن يكون التعجيل أليق وأفضل، وقد قال الأصحاب: إنه يجوز للغارم أن ينجز فيما يدفع إليه من سهم الغارمين إذا لم يف بالدين ليبلغ قدر الدين بالقسمين، والله أعلم.

قال: **فَصْلٌ**: **(وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ)** أي: لاختلال الملك فيها، فلو شرط في الكتابة أن يطأها فسد العقد خلافًا لمالك حيث قال: يصح العقد ويلغو الشرط، ولأحمد حيث قال: يصحان.

وَلَا حَدَّ فِيهِ، وَيَجِبُ مَهْرٌ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

إشارة: موضع التحريم الكتابة الصحيحة كما اقتضاه كلامهم هنا، ومفهوم كلام «الروضة» فيما يختلفان فيه يشعر بالتسوية، وأحسبه غير مراد، نعم إن جهل فسادها أو اعتقد صحتها حرم، وإلا فلا لوطء المعلقة بصفة.

قال: (**وَلَا حَدَّ فِيهِ**) أي: وإن علم التحريم واعتقده لشبهة الملك، وفي قول قديم ضعيف يحد العالم، نعم يعذر العالم المختار منهما على الصحيح المنصوص.

قال: (**وَيَجِبُ مَهْرٌ**) أي: مع العلم والجهل؛ لأنه وطء شبهة، هذا هو المشهور والمنصوص في «الأم» و«البويطي».

وفي قول مخرج: لا يجب في حال طواعيتها وعلمها.

قال ابن الرفعة: وصححه صاحب «المنهاج» فأوهم أنه المصنف والرافعي نقله وجهًا، وعن «المنهاج» ترجيحه وكأنه أراد «منهاج» الجويني فإنه جزم به في «مختصره» وتبعه الغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وهو ظاهر منقول المزني في «المختصر» قالوا: لأنها تفي، وأوَّله الجمهور ومنعوا التخريج كما قاله الماوردي إذا ثبت لها المهر فلها أخذه في الحال فإن حل عليها نجم وهما من جنس واحد وصفة واحدة؛ جاءت أقوال التقاص، وإن عجزت قبل أخذه سقط وإن عتقت بأداء النجم طالبت به، وسبق في كتاب الصداق الكلام في تكرر المهر بتكرر الوطء وما إذا تحلل الغرم فراجعه ففيه فوائد.

قال: (**وَالْوَلَدُ حُرٌّ**) أي: جزمًا؛ لأنها علقت به في ملكه.

(**وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) الخلاف في القيمة مبني على حكم ولده من غيره، إن قلنا: إنه قن للسيد أو مكاتب؛ ولكن حق الملك فيه للسيد فلا شيء عليه كما لو قتل ولدها، وإن قلنا: الحق لها فعليه القيمة تستعين بها، فإن عجزت قبل أخذها سقطت، وإن ولدت بعد عجزها فلا شيء لها، وكذا لو ولدته بعدما عتقت؛ لأنه حين يقوم لم تكن مكاتبة.

إشارة: قوله على المذهب يقتضي إثبات طريقين ولم أرهما وكان الأولى

وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً مُكَاتَبَةً فَإِنْ عَجزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ.

وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا مُكَاتَبٌ فِي الْأَظْهَرِ يَتْبَعُهَا رِقًّا وَعِتْقًا، ....

أن يقول على الأظهر، والحاصل أنه لا تجب قيمته إلا إذا قلنا: إن عتق ولدها موقوف على عتقها، وإنه لو قل تكون القيمة لها.

قال: **(وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً مُكَاتَبَةً)** أي: قطعًا عملًا بقضية الاستيلاد والمكاتبة.

(فَإِنْ عَجزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ) أي: بلا خلاف لاستيلادها، والولد الحادث بعد الاستيلاد من نكاح أو زنا يتبعها، والحاصل قبله رقيق للسيد وإن مات قبل عجزها عتقت أيضًا.

قال البغوي: وجرى الرافعي عليه في «الشرح الصغير» بلا نسبة ويتبعها كسبها وهل تعتق عن الكتابة أو عن الاستيلاد؟ وجهان: أصحهما: أنه كما لو أعتق مكاتبه أو أبرأه عن النجوم، فعلى هذا الولد الحادث بعد الكتابة وقبل الاستيلاد هل يتبعها؟ فيه الخلاف الآتي.

فَرْعٌ: لو وطئ أمة مكاتبه؛ لزمه المهر جزمًا فإن أحبلها صارت أم ولد له ولزمه قيمتها للمكاتبة لا قيمة الولد؛ لأنه قد ملك «الأم» بالتقويم، قاله في «البحر».

قال: **(وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا مُكَاتَبٌ فِي الْأَظْهَرِ يَتْبَعُهَا رِقًّا وَعِتْقًا)** ما رجحه هو أحب القولين إلى الشافعي رضي الله عنه و[لهذا] قطع به بعض الأصحاب وهو أبو إسحاق المروزي، وقال: إذا اختاره الشافعي وجب أن يكون القول الآخر ساقطًا فيثبت له حكم الكتابة حتى يعتق بعتق الأم بالأداء أو الإعتاق؛ لأن سبب الحرية كحقيقتها في استتباع الأولاد ألا ترى أن أولاد المستولدة يتبعونها، ولأن الولد كسبها فيوقف أمره على رقها وحريتها كسائر أكسابها.

والثاني: لا، بل تكون قنًا للسيد؛ لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ، فلا يثبت حكمه في الولد كولد المرهونة فإنه لا يكون مرهونًا.

قال الرافعي: ويحكى هذا القول عن بعض «أماليه».

وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَالْحَقُّ فِيهِ لِلسَّيِّدِ، وَفِي قَوْلٍ لَهَا، فَلَوْ قَتَلَ فَقِيمَتُهُ لِذِي الْحَقِّ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ أَرْشَ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِ، وَكَسْبَهُ وَمَهْرَهُ يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَيْهِ، وَمَا فَضَلَ وُقِفَ، فَإِنْ عَتَقَ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلِلسَّيِّدِ.

قلت: وعزاه الماوردي إلى «الأم» ورأيته في «الأم» فقال بعد جزمه بالأول: وقد قيل ما ولدت المكاتبة فهو رقيق، والقول الأول أحب إليَّ، انتهى.

قال: (**وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ**) أي: لا شيء على الولد من مال الكتابة ولا غيره بلا خلاف.

قال: (**وَالحَقُّ فِيهِ لِلسَّيِّدِ، وَفِي قَوْلٍ: لَهَا، فَلَوْ قَتَلَ فَقِيمَتُهُ لِذِي الحَقِّ**) من هنا شرع المصنف في التفريع فيقول: إن قلنا لا يثبت للولد حكم الكتابة فهو قن للسيد، وله بيعه وإعتاقه عن الكفارة والوطء إن كان أنثى ولا يعتق بعتق الأم، وإن قلنا بالأظهر فحق الملك فيه أنه هو، فيه قولان أشبههما عند الشافعي رضي الله عنه أنه للسيد، نص على ذلك في «الأم» كما أن حق الملك في الأم له وكما أن حق الملك في ولد أم الولد له.

والثاني: واختاره المزني أنه للمكاتبة؛ لأنه يتكاتب عليها فيكون حق الملك فيه لها كما أن حق الملك في المكاتب للسيد؛ ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها، إذا عرفت هذا علمت أنه إذا قتل الولد فعلى القول المرجح تكون القيمة للسيد كقيمة الأم لو قتلت، ولأنه ملك له دونها فكان أحق بها من أمته، وعلى الثاني تكون قيمة لها تستعين بها في أداء النجوم اعتبارًا بتبعيته لها، وقيل: إنها تكون للسيد أيضًا على هذا القول؛ لأن العتق يقطع أثر الكتابة فيموت رقيقًا.

قال: (**وَالمَذْهَبُ أَنَّ أَرْشَ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِ**) أي: مما دون نصفه.

(**وَكَسْبَهُ وَمَهْرَهُ يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَيْهِ، وَمَا فَضَلَ وُقِفَ، فَإِنْ عَتَقَ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلِلسَّيِّدِ**) إذا قلنا بالمرجح إن الحق في الولد للسيد فأرش الجناية عليه فيما دون النفس وكسبه ومهر وطء الشبهة ما حكمه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصرف إلى السيد بلا توقف كالقيمة إذا قتل، والصحيح من الوجهين في «الروضة» و«الشرحين» وعبر المصنف عنه بالمذهب: أنها توقف

....

فإن عتقت أمه وعتق فهي له وإلا فللسيد كما أن كسب الأم إن عتقت يكون لها، وإلا فللسيد فلو مات الولد في دوام التوقف صرف الموقوف إلى السيد، وإن قلنا إن الحق فيه للأم فالأرش والكسب والمهر لها تستعين بها في أداء النجوم، ويصرف ما يحصل إليها يومًا بيوم بلا توقف، وأما نفقة الولد ومؤنه فإن قلنا: يصرف الكسب إلى السيد في الحال فهي عليه، وإن قلنا يوقف فينفق عليه من كسبه ويعالج جرحه وتكفي مؤنه منه، ثم يوقف الفاضل منه فإن لم يكن له كسب أو لم يفد مؤنة فأصح الوجهين أنها على السيد؛ لأن حق الملك له.

والثاني: ينفق عليه من بيت المال؛ لأن تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به، وإن قلنا يصرف الكسب إلى الأم فالنفقة عليها.

فَرْعٌ: ومن تفريعات ما سبق لو أعتق السيد الولد، فإن قلنا: إن حق الملك [له] وقلنا يصرف له الكسب إليه في الحال أو قلنا يوقف ومعناها من أخذه لأداء النجوم نفذ إعتاقه، وإن جوزنا لها الاستعانة بالموقوف لم ينفذ على الأصح؛ لئلا ينقطع حقها من كسبه، وإن قلنا إن حق الملك في الولد للأم لم ينفذ إعتاقه.

تَنْبِيهٌ: اعلم أن قول المصنف في أول المسألة: وولدها من نكاح أو زنا مكاتب في الأظهر، يوهم أن الكلام في الولد الحادث من المستولدة المذكورة قبل هذه المسألة وليس كذلك؛ بل حكم ولد تلك ما قدمناه، وهذه مسألة مستقلة وباب من أبواب الكتاب هي وفروعها.

وعبارة «المحرر» بعد ذكره صورة الاستيلاد: وإذا أتت المكاتبة بولد، وهي أوضح من قول «المنهاج» وولدها.

تَنْبِيهٌ ثانٍ: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق فيما ذكره من الأحكام بين الولد الحادث بعد الكتابة والولد المجتن حال الكتابة بل قد يوهم إطلاقه أن الولد الموجود قبل الكتابة كالحادث بعدها، فنقول: لا خفاء أن الولد المنفصل منها قبل الكتابة قن للسيد كسائر إرقاقه، وأما إن كانت حاملًا عند

....

الكتابة وتيقن ذلك بأن انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الكتابة.

قال الرافعي: فقد ذكر أنا إن قلنا الحمل لا يعرف فهو كالولد الحادث بعد الكتابة، وإن قلنا لا يعرف فحكاية القاضي ابن كج أن عقد الكتابة يصير كأنه موجه نحوها ونحوه فإذا عتقت عتق الولد، ونقل صاحب «التهذيب» أنه لا تثبت الكتابة للولد؛ لأن الصغير لا يكاتب بخلاف مثله من التدبير فالصغير يدبر، ثم قال: من عنده وجب أن يثبت حكم الكتابة له لا على سبيل السراية بل على وجه الاستتباع كما يتبع الحمل الجارية في البيع، فإن كان لا يقبل البيع وحده وهذا ما نقله ابن كج، فإن حدث الولد بعد الكتابة وساق ما سبق وما ذكره عن ابن كج جعله في «الروضة» أصح الوجهين بلا نسبة، وكذا صنع صاحب «الكافي» وقال الدارمي: إذا كاتبها حاملًا من زوج أو زنا، فقيل: إن قلنا له حكم كان مكاتبًا، وإن قلنا لا حكم له؛ فالقولان.

وقال ابن القطان: مكاتب قولًا واحدًا، انتهى.

وأفاد أنا إذا قلنا له حكم - وهو الأظهر- فمكاتب قطعًا وإلا فطريقان: إجراء القولين والقطع بأنه مكاتب.

فروع ثلاثة من كتاب الرافعي رحمه الله:

أحدها: اختلفا في ولدها، فقال السيد: ولدته قبل الكتابة فهو رقيق لي، وقال بعدها: وقد تكاتب عليَّ أي تفريعًا على الأظهر والأمر محتمل فمن أقام بينة قضي له بها، قال البغوي: لم يقبل من السيد شهادة أربع نسوة؛ لأنها شهادة على الولادة والملك يثبت ضمنًا، وإن أقاما بينتين فهي من صور التعارض، فإن لم تكن بينة صدق السيد بيمينه؛ لأنه اختلاف في وقت الكتابة فصدق كالاختلاف في أصلها، ولأن الأصل جواز التصرف فيما يحدث من ملكه وهي تدعي حدوث مانع منه.

ثانيها: زوج أمته بعبده ثم كاتبه ثم باعه زوجته وأتت بولد واختلف السيد والمكاتب، فقال السيد: ولدت قبل الكتابة فهو قن لي، وقال المكاتب: بل

فَصْلٌ

وَلَا يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنْ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْجَمِيعَ.

بعد الكتابة والشراء وقد تكاتب عليَّ فيصدق المكاتب بيمينه بخلاف الصورة قبلها؛ لأنها تدعي ملك ولده؛ لأن ولد أمته ملكه ويده مقرة على هذا الولد واليد تدل على الملك.

ثالثها: حكى الصيدلاني عن الشافعي أنه قال: أو أتت بولد من أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها فهما للسيد؛ لأنهما حمل واحد وكذلك لو أتت بأحدهما يوم ملك الأم لأقل من ستة أشهر وبالآخر لأكثر فهما للسيد، وإن الشيخ أبا زيد أفتى بذلك والصحيح أن كلام الشافعي مؤول وأن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان حتى لو وضعت ولدًا وفي بطنها؛ فبيعت فالولد الثاني مبيع معها، وإن كان الأول للبائع وهذا ما أورده في «التهذيب»، انتهى.

وفي الفروع المنثورة آخر «النهاية» أن ظاهر النص أن الولدين للبائع، وهذا خلاف القياس، قال الشيخ أبو علي: كان الشيخ الحضري يحكي قولين في المسألة:

أحدهما: ما نسبناه إلى النص.

والثاني: ما رأيناه الصواب الذي لا يسوغ غيره ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في «الأم» على ظاهر المذهب كما لو باع جارية حاملًا بولد حر وكما لو باع جارية حاملًا فاستثنى، انتهى وسبقت المسألة في البيع موضحة، وبالله التوفيق.

فَصْلٌ

قال: **(وَلَا يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنْ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الجَمِيعَ)** أي: جميع النجوم لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: **«الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ دِرْهَمٌ»**[1] **رواه النسائي وأبو داود وهذا لفظه.**

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠، رقم ٣٩٢٦)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٤، رقم ٢١٤٢٧) والديلمي (٤/ ٢٠٠، رقم ٦٦١٤).

وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ هَذَا حَرَامٌ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَفَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلَالٌ، وَيُقَالُ لِلسَّيِّدِ تَأْخُذُهُ أَوْ تُبْرِئُهُ عَنْهُ، فَإِنْ أَبَى قَبَضَهُ الْقَاضِي، فَإِنْ نَكَلَ الْمُكَاتَبُ حَلَفَ السَّيِّدُ.

وروي من طريق آخر عن عمرو بألفاظ متقاربة وهو صحيح، وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» من حديث عطاء عن عبد الله بن عمرو بلفظ: «**مَنْ كَانَ مُكَاتَبًا عَلَى مِائَةِ دِرْهَم فَقَضَاهَا كُلَّهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، فَهُوَ عَبْدٌ أَوْ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَقَضَاهَا كُلَّهَا إِلَّا أُوقِيَّةً فَهُوَ عَبْدٌ**»(١).

وقال الشافعي: لا أعلم رواه يعني مسندًا سوى عمرو بن شعيب وعليه فتيا المفتين، قال: ونحن نروي عن زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم أنه: «**عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ**»(٢) انتهى.

قال الأئمة: ولأنه إن غلب فيه العتق بالصفة فلا يعتق قبل استكمالها وإن غلب فيه المعاوضة كالمبيع فلا يجب تسليمه إلا بقبض جميع ثمنه.

إشارة: سبق كلام في أنه لو بقي عليه ما يلزم السيد إيتاء السيد إيتاؤه أو حطه أن التقاص يجري فيه على ما رآه الإمام وأيدناه بكلام الأئمة.

قال: (**وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ: هَذَا حَرَامٌ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَفَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلَالٌ، وَيُقَالُ لِلسَّيِّدِ: تَأْخُذُهُ أَوْ تُبْرِئُهُ عَنْهُ، فَإِنْ أَبَى؛ قَبَضَهُ الْقَاضِي، فَإِنْ نَكَلَ الْمُكَاتَبُ؛ حَلَفَ السَّيِّدُ**) إذا أتى المكاتب بالنجوم، فقال السيد: هذا حرام أو مغصوب، فإن أقام بينة على ما يقوله لم يجبر على قبوله.

قال الدارمي: ولم يجز.

قال الرافعي: وتسمع منه هذه البينة؛ لأن له في إقامتها غرضًا ظاهرًا وهو الامتناع عن الحرام هكذا أطلق كثيرون.

وقال الصيدلاني: إنما يقيم البينة [إذ له في إقامتها غرضًا] عين له مالكًا، أمَّا إذا لم يعين فلا ولا معنى لقولهم: إنه مغصوب.

قال الرافعي: وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مغصوب هذه البينة الامتناع

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٣٩٨).

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/٣٢٨، رقم ٢١٤٥٣).

....

عن الحرام هكذا أطلق كثيرون.

وقال الصيدلاني: إنما يقيم البينة إذا عيَّن له مالكًا، أمَّا إذا لم يعين فلا، ولا معنى لقولهم إنه مغصوب.

قال الرافعي: لم يبعد قبولها على الإطلاق.

قلت: في قبولها أنه حرام من غير زيادة نظر إن كان الشاهد عاميًا أو مخالفًا للقاضي والمذهب؛ لأنه قد يرى ما ليس بحرام عند القاضي حرامًا اعتقادًا ومذهبًا أو جهلًا فينبغي استفساره، فإن لم تكن له بينة صدق المكاتب بيمينه أنه له الظاهر اليد هكذا أورداه.

وقال الماوردي: إن شاء حلف أنه ليس بحرام ولا مغصوب وإن شاء حلف أنه ملكه، وقيل: لا يحتاج إلى اليمين هذا هو الصواب في نقل هذا الوجه وكذا وقع في «الشرح الصغير» ووقع في «الكبير» أنه لا يحتاج المكاتب إلى البينة وهو تحريف من ناقل، ووقع في «الروضة» وفي وجه لا يحتاج السيد إلى بينة وكأنه سبق إلي ذهنه، المكاتب بكسر التاء فعبَّر بالسيد إيضاحًا فزاد البلة طينًا، فإن نكل المكاتب عن اليمين وحلف السيد لم يلزمه قبوله.

قلت: ويظهر ألَّا يجوز له قبوله أيضًا مع إصراره، ويشبه أن يستفسر السيد في وصفه له بالحرام؛ لأنه قد يرى ما ليس بحرام حرامًا لما بيناه، وإذا بين ما لا يقتضي التحريم استغنى هو عن البينة والمكاتب عن اليمين وانفصلت الخصومة من أقرب طرقها. وإذا حلف المكاتب.

قال الرافعي: وظاهر المذهب: إنه يجبر السيد على قبوله أو إبرائه عن ذلك المقدر، فإن امتنع منهما أخذ الحاكم النجوم وعتق العبد، وقيل في إجبار السيد على القبول قولان، والمذهب الأول، ثم إذا أخذها السيد نظر إن عين له مالكًا أمر بتسليمه إليه، أي: إن صدَّقه على ذلك مؤاخذة له بإقراره وإن لم يعين أحدًا، واقتصر على قوله: إنه حرام أو مغصوب أو مسروق فوجهان:

أحدهما: ينتزعه الحاكم ويحفظ إلى أن يظهر مالكه.

وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدَّى مُسْتَحَقًّا رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدَلِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ بَانَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ كَانَ قَالَ عِنْدَ أَخْذِهِ أَنْتَ حُرٌّ.

وأصحهما: المنع، فعلى هذا يقال له المسألة إلى أن يبين صاحبه ويمنع من التصرف فيه، ولو كذب نفسه، وقال: هو المكاتب كما ادَّعاه.

قال الإمام: المذهب أنه يقبل وينفذ تصرفه ويجوز أن يوجه الآخر بأنه أقر أنه حرام عليه فلا يتمكن من الرجوع عنه.

قلت: وقد يجيء وجه ثالث: إنه إن ذكر تأويلًا محتملًا لرجوعه قيل: وإلا فلا، قال الإمام: وإن قلنا: إن الحاكم يزيل يده، فالظاهر أنه لو كذب نفسه لا يقبل، انتهى ويحتمل أن يفصل كما أشرت إليه، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدَّى مُسْتَحَقًّا**) أي: [أو بعضه] ببينة شرعية وإلزام الحاكم لا بإقرار أو يمين مردودة (**رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدَلِهِ**) أي: لفساد القبض (**فَإِنْ كَانَ فِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ بَانَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ**) أي: لبطلان الأداء، وإن بان الاستحقاق بعد موته بان أنه مات رقيقًا، وإن ما تركه لسيده دون الورثة.

قال: (**وَإِنْ كَانَ قَالَ عِنْدَ أَخْذِهِ أَنْتَ حُرٌّ**) أي: أو فقد عتقت، فإن العتق لا يحكم به وأيضًا؛ لأنه بناه على ظاهر الحال هذا هو الأصح المنصوص، وقيل: يعتق مؤاخذة له، وإطلاق المصنف يقتضي أنه لا فرق بين أن يقول ذلك جوابًا عن سؤاله حرية أو ابتداء، قالا: وفي كلام الإمام إشعار بأن قوله: أنت حر إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبه على القبض، وأنه لو انفصل قوله عن القرائن لم يقبل التأويل، وهذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به، لكن قال في «الوسيط»: لا فرق بين أن يكون قوله: أنت حر جوابًا عن سؤال حريته أو ابتداء، وبين أن يكون متصلًا بقبض النجوم أو غير متصل لشمول العذر، انتهى.

وقال ابن الرفعة: إذا قال له حين الدفع: اذهب فأنت حر، ثم ظهرت النجوم مستحقة لم يحصل العتق إن قصد السيد الإخبار عن حاله بعد أداء النجوم، وإن قصد إنشاء العتق ورأى المكاتب وعتق، فلو قال السيد أردت

وَإِنْ خَرَجَ مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَأَخْذُ بَدَلِهِ.

الأول وقال المكاتب بل الثاني صدق السيد بيمينه جزم به العراقيون والبغوي، وأبدى الغزالي وجهًا خرجه من وجه حكى فيما لو قال المشتري في المبيع المخاصم فيه هو ملكي أو ملك بائعي، ثم استحق بالبينة أنه لا يرجع على بائعه بالثمن، وقد أقامه الرافعي وجهًا في المذهب، ولو كان هذا القول قبل أداء النجوم نفذ العتق ولم يقبل قول السيد إذ لا ظاهر يصدقه، انتهى.

قلت: وقد يؤخذ من ظاهر نص «الأم» أن إحلاف السيد لا يتوقف على دعوى العبد، فإنه قال: ولو شهد شهود على السيد أنه قال للمكاتب أنت حر فقال إنما قلت: أنت حر بأنك قد أديت ما عليك أحلف بالله ما أراد إحداث عتق له على غير الكتابة وكان مملوكًا، وكذلك لو شهدوا عليه بأنه قال بعد أداء الكتابة وقبل استحقاق المتاع هذا حر أو قال له: أنت حر، فإن شهدوا عليه بعد استحقاق ما ادعى عليه من الكتابة أنه قال: أنت حر، كان حرًا وكان هذا إحداث عتق له، وكذلك لو شهدوا عليه قبل أن يؤدي الكتابة أنه قال: أنت حر، أو قال: هذا حر حين يؤدي الكتابة أو بعد الكتابة أو بعد، هذا لفظه رضي الله عنه ويظهر القول بالتحليف بلا طلب احتياطًا لحق الله تعالى في الحرية، وقد يجري في توقفه على طلب العبد خلاف مما سبق في المفلس إذا أقام البينة والتحليف هنا أولى، والعلم عند الله تعالى.

قال: **(وَإِنْ خَرَجَ)** أي: المؤدي.

(مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَأَخْذُ بَدَلِهِ) أي: إن لم يرض به كالثمن المعيب، ولا فرق عندنا بين العيب اليسير والفاحش، فإن كان العيب في النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، فإن رضي به فالعتق نافذ لا محالة وصار كالإبراء عن بعض الحق، لكن هل يحصل العتق عند الرضا أو من وقت القبض؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وإن أراد الرد والاستدلال.

فإن قلنا: يتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير حاصل، فإن أدى على الصفة المستحقة بعد ذلك عتق حينئذ، وإن قلنا: يملكه بالقبض

....

ويرتفع بالرد فوجهان:

أحدهما: إن العتق كان حاصلًا إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا رد العوض ارتد.

وأصحها: إنه يتبين أن العتق لم يحصل؛ لأنه ليس من التصرف الذي يتطرق النقص إليه، فلو حصل لما ارتفع ولا يثبت العتق بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب خلافًا لأحمد، هذا حاصل كلام الرافعي، وسوَّى الماوردي وغيره بين الرد بالعيب والاستحقاق فقالوا: إذا رده بالعيب ارتد العتق، وسقت في «الغنية» نصه في «الأم» في ذلك.

فَرْعٌ: قال الرافعي: لو تلف عند السيد ما قبضه ثم علم عيبه.

قال الإمام: فإن رضي فالعتق نافذ ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضا أو يستند إلى القبض، وإن طلب الأرش تبين أن العتق لم يحصل فإذا أدى الأرش حصل حينئذ، وإن عجز فللسيد إرقاقه ويجيء الوجه الآخر وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله ويوافقه لفظ صاحب «الشامل» حيث قال: ويعود حكم الرق في العبد حتى يؤديه والأول هو المذكور في «الوسيط»، انتهى.

وقوله: وهو أنه يرتفع العقد، هكذا رأيته في نسخ الرافعي، وجرى عليه في «الروضة» وهو تحريف من ناقل، وصوابه: يرتفع العتق كما قاله في «الشرح الصغير».

قضية كلاميهما: إن هذا وجه مرجوح، وقال الماوردي: يرتفع العتق باستحقاقه الأرش كما يرتفع بنقصان القدر ولا يقف على خيار السيد، فإن أدى المكاتب الأرش إلى سيده عتق حينئذ وإن امتنع كان للسيد تعجيزه واسترقاقه.

وقال ابن الرفعة: وعلى قول أبي إسحاق؛ يعني: إن الدين المعيب إنما يملك بالقبض مع الرضا لا بمجرد القبض إذا كان المقبوض تالفًا عاد الرق من يوم تلف المعيب وينجز بأداء الأرش، انتهى.

وقد قال الرافعي من قبل أن قول أبي إسحاق أشبه الوجهين، وبه قال

....

صاحب «التقريب» وغيرهما.

وقال الدارمي: إذا وجد به عيبًا وقد تلف فعلى العبد الأرش، فإن لم يجيء به فله تعجيزه، وإن جاء به عتق قبل حينئذ، وقيل: من وقت الأداء للمعيب، وقيل: من وقت تلف المعيب، انتهى.

قال الرافعي: وما الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: ما ينتقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العبد من قيمة النجوم، وهذا ما أورده السرخسي.

والثاني: ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب، وهذا ما نقل الروياني ترجيحه، زاد في «شرحه الصغير»: وهذا أحسن، ويجري الوجهان في كل عقد ورد موصوفًا رجحانه في الذمة، قال الإمام: وأمثل منهما أن يقال: يغرم السيد ما نقص ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة، انتهى.

وفي «البيان» عن «العدة»: إن الثاني قاله أبو حامد. وقال القفال: إنه غلط، بل يرجع بما يقابله من عوضه وعوضه رقبته وهي فائتة بالعتق، فيرجع بعشر قيمة الرقبة كما لو اطلع على عيب في المسلم، فإنه يرجع بعشر رأس مال المسلم.

قلت: وما قاله أبو حامد هو نص «الأم» قال الشافعي: لو كاتبه على عبدين وأداهما معيبين وماتا في يده أو أعتقهما، ثم ظهر منهما على عيب، قيل للمكاتب: إن أديت ما بين قيمة العبد صحيحًا أو معيبًا عتقت، وإن لم تؤده فللسيد تعجيزك؛ لأنك لم تؤد ما كوتبت عليه بكماله كما لو أديت إليه دنانير نقصت لم تعتق إلا بأن تؤديها وازنة أو تعطيه نقصانها، وهذا هكذا في الطعام والشراب والعروض كلها يكاتب عليها لا تختلف، انتهى لفظه فهذا هو المذهب.

فَرْعٌ: قال الماوردي: وإن حدث عند السيد عيب يمنع من رده كان وقوع العتق موقوفًا على ما يستقر بينهما؛ لأن الأرش لم يستقر لإمكان الرد، والرد لم يستقر لحدوث العيب؛ لأن المكاتب بالخيار بين أن يسترجع العوض معيبًا ويرد مثله، وبين أن يدفع قدر أرشه ولا يسترده، وإذا كان هكذا بدئ بالسيد

وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا يَتَسَرَّى بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وقيل له: أترضى بعيبه؟ [فإن رضي به] استقر وقوع العتق، وإن لم يرض بالعيب قيل للمكاتب: أترضى بأخذه بالعيب الحادث؟ فإن رضي به كان ارتفاع عتقه موقوفًا على رد العوض عليه، فإن رده ارتفع عتقه، فإن قضاه غيره سليمًا وإلا عجزه السيد واسترقه، وإن امتنع من استرجاعه معيبًا فالمستحق فيه الأرش، فيرتفع عتقه باستحقاق الأرش إلا أن يسمح به السيد فيصير كالإبراء ويستحق به وقوع العتق، انتهى.

والمنقول في «البيان» في هذه الصورة الرجوع بالأرش من غير تفصيل كما لو اطلع على عيب المقبوض بعد تلفه من غير فرق بينهما، والله أعلم.

قال: (**وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ**) أي: بإذن سيده رعاية لحقه؛ ولأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، وسبق في القن وجه: إنه لو استأذن سيده فيه فأبى استقل به ومجيئه هنا أظهر، وجزم المحاملي في «المقنع» بوجوب إجابة المكاتب إلى الزوج دون القن، ثم ما اقتضاه كلامه من الصحة بإذن السيد هو أصح الطريقتين.

والثاني: إنه على القولين في تبرعاته، واقتضى إيراد «الوسيط» ترجيحهما تبعًا للإمام ـ رحمهما الله ـ وقال: إنها المشهورة وعليها اقتصر جماعة، ووجه المنع بأن نفقة الزوجة والأولاد تستغرق مكاسبه فلا يحصل المقصود، ومن العجب قول من شرح «المنهاج» وفي الولي قول: إنه لا يجوز مع الإذن وهو غريب.

قلت: بل هو مشهور نقله الماوردي والرافعي والمراوزة قاطبة وهو في «الوجيز».

إشارة: يظهر أنه لو كان المكاتب ممسوحًا واحتاج إلى من يخدمه، وكانت مؤنة الزوجة أخف من مؤنة خادم أو أجير أنه يجوز له التزوج بالإذن بلا خلاف، وفي جواز منعه وقفة.

قال: (**وَلَا يَتَسَرَّى بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لضعف ملكه، وقد تملك الأمة في الطلق.

وَلَهُ شِرَاءُ الْجَوَارِي لِلتِّجَارَةِ فَإِنْ وَطِئَهَا فَلَا حَدَّ، وَالْوَلَدُ نَسِيبٌ ....

واعلم أن الخلاف مبني على أن العبد هل يملك بالتمليك؟

إن قلنا: لا ـ وهو الأظهر ـ ويقال: الجديد لم يحل الوطء والتسري.

وإن قلنا: نعم، قيل: يحل وبه أجاب القاضي أبو الطيب في أوائل النفقات في «تعليقه».

ورجح الشيخان في باب العبد المأذون جوازه بالإذن، وقيل: يجوز مطلقًا، وقيل: يحرم مطلقًا، وقيل: يبنى على الخلاف في تبرعاته بالإذن، وطريقة ابن أبي هريرة: القطع بالمنع؛ لضعف الملك هذا ما أورده الرافعي هنا، وحاصل كلامهما هاهنا: إن المذهب المنع كما في «المنهاج» وهو نص «الأم» هنا، لكنه في باب المأذون من «الروضة» زاد أن تسري المكاتب بإذن سيده على القولين في تبرعاته، وعلى هذه الطريقة اقتصر في كتاب النكاح قبيل باب اختلاف الزوجين في النكاح.

والظاهر من هذين الكلامين: تصحيح الجواز من غير بناء، وقال إبراهيم المروزي: لا يجوز التسري بإذنه في الجديد، وفي القديم قولان: **أحدهما**: يتسرى كالعبد، **والثاني**: لا؛ لأن المكاتب منع لحق الله والعبد منع لحق السيد وقد أذن، انتهى.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يبعد إجراء وجهين في وطء من يؤمن حلها كما في المرهونة، وقال ولده الإمام: إنه غير مرضٍ.

قال: (**وَلَهُ شِرَاءُ الْجَوَارِي لِلتِّجَارَةِ**) أي: لأنه إنما كاتب ليعتق بالأداء فمكن من جهات الكسب المباح تحصيلًا للمقصود.

(**فَإِنْ وَطِئَهَا فَلَا حَدَّ**) أي: لشبهة الملك، وكذا لا مهر؛ لأنه لو وجب لكان له.

(**وَالْوَلَدُ نَسِيبٌ**) لشبهة الملك ولا يعتق في الحال؛ لضعف ملكه، بل يكون ملكًا له؛ لأنه ولد جاريته ولا يملك بيعه؛ لأنه ولده، بل إن عتق عتق وإلا رق، وهذا معنى قولهم: إن ولده يتكاتب عليه.

فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ عِتْقِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبِعَهُ رِقًّا وَعِتْقًا، وَلَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: (**فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ عِتْقِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبِعَهُ رِقًّا وَعِتْقًا**) لأنه إذا ولدته في الكتابة أو بعد العتق لدون ستة أشهر علمنا أن العلوق وقع في الرق.

قال: (**وَلَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً فِي الْأَظْهَرِ**) لأنها علقت بمملوك، فأشبهت الأمة المنكوحة.

والثاني: تصير مستولدة في الحال، وبه قال أبو حنيفة وأحمد واختاره المزني؛ لأنه ثبت للولد حق الحرية حيث تكاتب عليه وامتنع بيعه، وأجاب الأولون: بأن حق الحرية لم يثبت للولد بالاستيلاد في الملك، وإنما يثبت لصيرورته ملكًا لأبيه كما لو ملك ولده بهبة وغيرها.

واعلم أن الرافعي قال: وهل تصير الجارية مستولدة له؟ منهم من يقول: لا تصير مستولدة في الحال، فإن عتق ففيه قولان.

قلت: وهذا ما أورده في «الشامل» والظاهر: إنه طريقة العراقيين، قال: ومنهم من يطلق القولين في ثبوت حرمة الاستيلاد، هكذا قال في «الشرحين» واقتصر في «المحرر» على الطريقة الثانية، ثم قال: فإن قلنا: تثبت حرمة الاستيلاد في الحال، فإن عتق المكاتب استقر الاستيلاد، وإن عجز رقت مع الولد للسيد، فإن عتقت المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة له؛ لأن بالعجزتين أنها علقت برقيق وإنه لا استيلاد، وإن قلنا: لا تثبت، فإن عجزتم عتق وملكها لم تصر مستولدة له، وإن عتق بأداء النجوم فكذلك على ظاهر المذهب، وخرج قول مما إذا ولد المرهونة فبيعت ثم ملكها حيث نقول: يثبت الاستيلاد على رأي، لكن العلوق هناك يجز وهنا بمملوك، انتهى.

إشارات: ما قدَّمناه من أنه لا يجوز له بيع ولده منها هو المذهب مطلقًا، وعن الإصطخري: إنه إذا خشي العجز جاز، قال الماوردي قبيل باب الاستبراء: والمذهب المنع، وأمَّا الأم فيجوز له بيعها على الأظهر لو جنى الولد جناية تعلق الأرش برقبته جاز بيعه.

وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَطَؤُهَا فَهُوَ حُرٌّ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ.

وحكى الإمام عن العراقيين: إنه يباع جميعه وإن زاد الثمن على الجناية.

وعن المراوزة: إنه لا يباع منه إلا بقدر أرش الجناية وهو المحكي في «الزوائد» عن النص في «الجامع الكبير» وحكي عن الشيخ أبي حامد وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: إن الأرش لا يتعلق برقبته ولا يباع؛ لأن الشرع قد منع من بيع الآباء والأبناء.

وفي «الشامل»: إنَّا إنما نبيع الجميع عند تعذر بيع البعض ويشبه أن ينزل عليه ما أطلقه الإمام عن العراقيين.

قال: **(وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَطَؤُهَا؛ فَهُوَ حُرٌّ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ)** اعلم أن عبارة الرافعي: وإن كان لستة أشهر فصاعدًا من يومئذ فقد أطلق الشافعي رضي الله عنه: إنها تصير مستولدة له، واختلف الأصحاب فقيل: هذا إذا وطئ بعد الحرية وولدت لستة أشهر فصاعدًا من يوم الوطء؛ لظهور العلوق بعد الحرية والولد، والحالة هذه حر لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليبًا للحرية، فأمَّا إذا لم يطأها بعد الحرية فيكون الاستيلاد على الخلاف، وقيل: يثبت الاستيلاد وطء بعد الحرية أو لم يطأ؛ لأنها كانت فراشًا قبل الحرية؛ وذلك الفراش مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعد الحرية قائم فنكتفي به لثبوت الاستيلاد، والأول أصح على ما ذكره صاحب «التهذيب» انتهى. وذكره هكذا في «شرحه الصغير» ملخصًا.

وبالطريق الثاني أجاب الدارمي، وابن الصباغ، والماوردي، والشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» جزمًا على ظاهر النص قالوا: ولا يشترط اعتراف جديد بالوطء بعد العتق على الصحيح؛ لأنها صارت فراشًا له بالوطء السابق فلا حاجة إلى اعتراف ثانٍ بالوطء، وعلى هذه الطريقة جرى الإمام أيضًا، لكنه أرسل هذين الوجهين، وعلى ما صححه البغوي اقتصر الفوراني.

والظاهر أن العراقيين وجمهور الأصحاب على خلافه، لكن لفظ الشافعي

فَصْلٌ

وَلَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ لَمْ يُجْبَرْ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ إنْ كَانَ لَهُ فِي الِامْتِنَاعِ غَرَضٌ كَمُؤْنَةِ حِفْظِهِ أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهِ، ....

في «الأم» بعد نصه على أنها لا تصير أم ولد بالاستيلاد في حال الكتابة، ولا تكون في حكم أم الولد حتى تلد منه بوطء، وكان بعد عتقه لستة أشهر فصاعدًا، فيكون به في حكم أم الولد فبان بهذا أن الأصح ما أورده الفوراني وصححه البغوي في كتابيه «التهذيب» و«التعليق» وبالله التوفيق.

إشارة: قول «المحرر»: وإن وارثه بعد العتق لأكثر من ستة أشهر، وقول «المنهاج»: لفوق ستة أشهر يفهم أنها لو ولدته لستة فقط أن الحكم يختلف، وعبارة الشافعي والأصحاب كما ذكرناه.

فَصْلٌ

قال: (**وَلَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ**) أي: قبل محلها.

(**لَمْ يُجْبَرْ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ إنْ كَانَ لَهُ فِي الِامْتِنَاعِ غَرَضٌ**) أي: مقصوده.

(**كَمُؤْنَةِ حِفْظِهِ**) أي: لو عكسه.

(**أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهِ**) أي: من سبي أو غارة أو موت وغير ذلك، لما في الإجبار من الضرر، والحالة هذه نعم لو أنسى العقد في وقت الفتنة والغارة فوجهان:

أحدهما: يجبر؛ لاستواء الحالي، قال الرافعي تبعًا للبغوي والغزالي في «البسيط».

وأصحهما: المنع؛ لأنها قد تزول عند المحل، انتهى.

وهذا قضية إطلاق جماعة وهو القياس والموافق لما ذكروه في آخر كتاب السلم في إجبار رب الدين على قبوله قبل المحل، وأرسل الإمام والغزالي في «الوسيط» وابن الصباغ وغيرهم الوجهين بلا ترجيح، وممن جزم بمنع الإجبار هنا: الشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وهو المختار.

....

وعبارة الإمام: لو كان العقد في زمان نهب وغارة ثم استمرت تلك الحالة المسألة، والظاهر أن استمرارها ليس بشرط في إجراء الوجهين.

وقال الماوردي هنا: إن صار ذلك معهودًا لا يرجى زواله لزمه قبوله، أي: جزمًا، وإن كان يرجى زواله فوجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة، والظاهر من مذهب الشافعي عليه قبوله لتماثل الزمانين.

والثاني: حكاه أبو حامد الإسفرائيني لا يلزمه؛ لأن زوال الخوف قد كان مأمولًا عند المحل فلم يلزمه تعجيل الضرر، انتهى.

وعلى ترجيح قول ابن أبي هريرة جرى الجرجاني في «الشافي» وهو ظاهر نص «الأم» قال: وإذا أراد المكاتب أن يعجل للسيد الكتابة قبل المحل وامتنع السيد من قبوله، فإن كانت الكتابة دنانير أو دراهم جُبر السيد على أخذها منه وعتق المكاتب، وهكذا إن كاتبه ببلد ولقيه ببلد غيره، فقال: لا أقبض منك في هذا البلد جُبر على القبض منه حيث كان إلا أن يكون في طريق فيه حرابة أو في بلد فيه نهب فلا يجبر على أخذها منه في هذين الموضعين إذا لم يكونا في البلد الذي كاتبه فيه، فإن كانا بالبلد الذي كاتبه فيه أجبر على أخذها منه، انتهى وهو محتمل.

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: إن كان له غرض في الامتناع بأن كان وقت نهب وغارة أو حريق أو غرق، أو كان طعامًا يريد أكله في محله غضًا طريًا، أو كان دابة تحتاج إلى علف لا يجبر واستدل بالأثر، ثم قال: وإن أتى به بعد محله ينظر إن كان في مكان العقد ولم يكن وقت الفتنة [أقبل على قبوله، وإن كانت وقت الفتنة] ينظر إن كان العقد حال السلامة، المذهب أنه يجبر على قبوله، وفيه وجه: إنه لا يقبل، وإن كان العقد في حال الخوف يجبر على القبول إذا أتى به في مكان العقد، أي: بلا خلاف، انتهى فجعل الخلاف فيما إذا أتى به بعد محله لا قبله.

وَإِلَّا فَيُجْبَرُ فَإِنْ أَبَى قَبَضَهُ الْقَاضِي.

فَرْعٌ: لو أتى بالنجوم في محلها أو تعجيلًا في غير بلد العقد، قال الرافعي: إن كان في النقل مؤنة أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفًا لم يجبر على القبول وإلا فيجبر، انتهى.

وقال الماوردي: إن كان لنقله مؤنة أو في طريقه خطر لم يلزمه قبوله إلا في بلده، أو لم يكن شيء من ذلك وكان السيد ببلد الدفع، فإن كان بين البلدين دون مسافة القصر لزمه قبوله وإلا فوجهان:

أحدهما: لا يلزمه لما عليه من الضرر في إبعاد ماله عن بلده.

والثاني: يلزمه؛ لأن إحرازهما متماثلة واستيطان كل واحد منهما ممكن، والله أعلم.

وقد يؤخذ من توجيه الأول: إنه لو لم يكن له وطن أنه لا نظر إلى موضع العقد، ويجبر على الوجهين؛ لأن البلاد في حقه مستوية وهو محتمل إذا لم يتعلق به بالقبض في موضع العقد عرض مقصود من وجه آخر.

قال: (**وَإِلَّا فَيُجْبَرُ**) أي: وإن لم يكن له في الامتناع من قبض المعجل غرض مقصود أجبر على قبوله؛ لأن المكاتب ظاهرٌ فيه وهو قدر العتق أو تقريبه ولا ضرر على السيد في القبول؛ ولأن الأجل حق للمدين فإذا أسقطه، فينبغي أن يسقط، وفي ذلك أثر مشهور عن عمر رضي الله عنه ذكره في «الأم» وأخرجه البيهقي.

قال: (**فَإِنْ أَبَى**) أي: امتنع من قبوله وقبضه.

(**قَبَضَهُ الْقَاضِي**) أي: عنه وعتق المكاتب لم يبق عليه شيء لأثر عمر رضي الله عنه في ذلك، قال الشافعي والأصحاب: وكل من أخبرناه على قبض المعجل أجبرنا وليّه إذا كان محجورًا عليه لجنون طرأ، وأجبرنا وارثه الرشيد وولي المحجور عليه.

فَرْعٌ: لو أتى بالنجم في محله والسيد غائب قبضه القاضي عنه، وكذا إذا امتنع وهو حاضر ويعتق العبد، وكذا يقبض عنه المعجل إذا عرف أنه لا ضرر على السيد في أخذه، قال الرافعي: قال الصيدلاني ومثله: لو كان للغائب دين

وَلَوْ عَجَّلَ بَعْضَهَا لِيُبْرِئَهُ مِنَ الْبَاقِي فَأَبْرَأَ لَمْ يَصِحَّ الدَّفْعُ وَلَا الْإِبْرَاءُ.

على حر فأتى به الحاكم هل يقبضه للغائب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع؛ لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر الغائب أن يرسل في ذمة الولي، فإنه خير من أن يصير أمانة في يد الحاكم، انتهى، وسبق في هذه الصورة، والجائز هنا اضطرابًا أوضحناه في «الغنية».

قال: (**وَلَوْ عَجَّلَ بَعْضَهَا لِيُبْرِئَهُ مِنَ الْبَاقِي فَأَبْرَأَ؛ لَمْ يَصِحَّ الدَّفْعُ وَلَا الْإِبْرَاءُ**) أي: سواء كان الالتماس والشرط من العبد أو من السيد كما صرَّح بالصورتين في «المحرر» وغيره، وإذا لم يصح القبض ولا الإبراء لم يحصل العتق وعلى السيد رد المأخوذ.

قلت: ويشبه أن موضع عدم صحة الإبراء إذا كان يعتقد صحته أو كان جاهلًا بحكمه، أمَّا لو كان عالمًا بفساد الحكم، ثم أوقع الإبراء بعد التعجيل أنه يصح الإبراء ويعتق العبد وربما سبق ما يؤيد هذا فيما لو باعه عينًا بشرط أن يبيعه المشتري عينًا أيضًا، قال الرافعي: هذا ظاهر المذهب.

وأشار المزني إلى تردد قول في صحة القبض والإبراء، ولم يسلم له الجمهور اختلاف القول في المسألة، وحملوا التجويز على ما لم يجز شرطًا، وابتداء به ـ أي: والمنع ـ على ما إذا شرطه، قال: ورد في «الوسيط» تردد القول إلى أنه لو عجل بشرط الإبراء ووفى السيد فأبرأه هل ينقلب القبض صحيحًا؟ ففي قول: ينقلب صحيحًا؛ لأنه رضي بالأداء بشرط الإبراء، فإذا حصل الشرط كان القبض مرضيًا به، وعلى هذا جرى في «الوجيز» ولو أنشأ رضًا جديدًا بقبضه عمَّا عليه لحكم بصحته كما لو أذن للمشتري في أن يقبض [ما في يده] عن جهة الشراء أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن.

وقال في «البسيط» بعد نقله اتفاق المحققين على تغليط المزني: وعندي أن موضع التردد هو أن يقدم العبد الأداء بشرط الإبراء، فإن الأداء باطل في الحال، لكن لو أبرأ السيد فرضي العبد بدوام يد السيد صح القبض؛ لأن الدوام كالابتداء، وهل يحتاج إلى إنشاء رضا آخر؟ فيه تردد، ولعل الصحيح:

....

إن دوام القبض كابتدائه، وإن ما سبق من الرضا كاف عند الابتداء فلا يحتاج إلى الاستئناف، نعم ربما لا يفي المكاتب بتسليم المال، فإن السيد ربما لا يبرئ ويتمسك بالمقبوض الباطل فلا يرده، وطريقه أن يعدل على يد عدل ليأخذه السيد عند الإبراء، لكن السيد لو أبرأ عند الأخذ لم يأمن أن يعزل العبد الوكيل فلا يؤديه إليه والوكيل لا يأمن لو بدأ بالتسليم، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: ذكر الشافعي ﵁ مشيرًا إلى حيلة تفيد حرية المكاتب بما عجله أنه إن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز وليرض السيد بأن يأخذ ما معه ويقبضه، ولكن في هذا مخاطرة على العبد، فإنه لا يؤمن ألا يفي السيد بما وعد ويرقه ويأخذ ما في يده من الإكساب، فالطريق على ما حكى صاحب «الإفصاح» والأئمة أن يقول: إذا عجزت نفسك وأديت إلى كذا فأنت حر، فإذا وجدت الصفتان يعتق ويكون العتق عن الكتابة.

قال في «التهذيب»: لأنه لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه، وإنما ترفع إذا فسخها ـ أي: السيد ـ بعد التعجيز، وإذا عتق عن الكتابة كانت الإكساب له ثم يتراجعان فيرجع على سيده بما أخذه ويرجع السيد عليه بقيمته.

قلت: في هذا الفرع خيط طويل، فيقول: قال الإمام: ما ذكره الشافعي مشكل، فإنه إذا عجز نفسه انقلب إلى السيد جميع ما في يده فمن أي موضع يؤدي الشروط أولًا؟ ثم السيد بعد جريان التعجيز يستبد بجميع ما في يده وينقلب رقيقًا ولا يلزمه الوفاء بإعتاقه على مال ولو أعتقه عليه وقع في ذمته، وقد فاز السيد بجميع ما كان منسوبًا إلى ملكه قبل التعجيز فهذا تنصيب، هذا ذريعة إلى تحصيل التعجيل مع تحقق غرض المكاتب في التخفيف عنه في مقدار من النجم، وهذا استئصال لما في يده مع إلزامه مزيدًا في ذمته، ووراء ما ذكرناه نوعان من الإشكال:

أحدهما: إن غرض المكاتب استتباع أولاده وإكسابه، وإذا عجز نفسه وانقطعت الكتابة لم يتبعه الكسب على الولد بعد انقطاعها.

....

والوجه الثاني: نورده جوابًا عن سؤال.

قال صاحب «التقريب»: إن أراد المكاتب أن يثق بوعد السيد لم يسعفه بما قال حتى يقول المولى: إذا عجزت نفسك، ثم أعطيتني ألفًا فأنت حر فتحصل الثقة بعد حصول التعليق، وهذا فيه نظر من جهة أن تعليق العتق بالأداء يقع إنشاؤه في حالة استمرار الكتابة، وما لم ترتفع الكتابة لم يصح إثبات عقد عتاقة آخر على مال، فكأنما وقع تعليق عقد في وقت لا يملك إنسانًا، ومن مذهب الشافعي: إن ما لا يصح تنجيزه في وقت لا يصح تعليقه فيه، وهذه أمور مضطربة لا يشك الفقيه في خروجها عن ضبط المذهب على أي وجه قدر، ثم إن جوَّزنا مثل هذا التعليق تعويلًا على استمرار فكيف الجواب عن استتباع الكسب والولد؟

وقد قال شيخي أبو محمد من أصحابنا: من قال: إذا أدى بعد التعجيز ما شرط عليه استتباع الكسب والولد، فإن هذا شرط جرى في كتابة لتحصيل غرض المولى، وهذا عندي لا متاع له وهو هدم أصل المذهب، وإثبات لا يليق مثله بقاعدة الشافعي، وإن لم يكن من نقل هذا بدر غاية لغرض المولى والمكاتب فما ذكره المزني من نقل قول في صحة الأداء أو الشرط أمثل من هذا ولا خير في شيء منه، والوجه أن يقال في نقل ذلك خلل أو بادرة صدق من غير فكر من ناقل على قياس مذهب الشافعي، والله أعلم، انتهى.

وقال الغزالي في «البسيط» بعدما سبق عنه من تعديل المعجل.

قال الشافعي يقول للعبد: عجز نفسك وأنا أعتقتك بالقدر الذي أخذه، وهذا أيضًا وعد لا يوجب معه.

قال صاحب «التقريب»: يقول السيد: إن عجزت نفسك ثم أعطيتني ألفًا فأنت حر، وهذا فيه نظر؛ لأن العبد لا يرضى بألَّا يستتبع الكسب والولد، وإذا عتق بعد العجز لم يستتبع؛ ولأن هذا عقد عتاقه بعوض ولا يجوز إنشاؤه في دوام الكتابة فيضاهي تعليق الطلاق قبل النكاح إلا أنه يحتمل تصحيح هذا نظرًا

....

إلى قيام أصل الملك في الحال، ولكن يبقى حديث الاستتباع من جانبه ومن جانب السيد أنه ربما يسمح بالإبراء عن بعض النجوم لا بالعتق، وذلك لا يتم إلا بتراضٍ وثقة بالوعد، انتهى.

وقال صاحب «المعتبر» في تعليل «المختصر» وهو أبو خلف عوض بن أحمد الشَرْواني ـ بفتح الشين المعجمة وإسكان الراء المهملة ـ: ولا يصح التعجيل بشرط الإبراء عن بعض النجوم؛ لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط؛ ولأنه إذا قال: عجل لي خمسمائة حتى أبرئك عن خمسمائة، أو صالحني عن ألف على خمسمائة كان ذلك ربًا وبيعًا للأجل فلا يصح، فإذا أرد تصحيح ذلك فليرض المكاتب بالعجز وفسخ الكتابة، وليرض السيد بشيء يأخذه منه ثم يعتقه، فإن ذلك يجوز ولكن فيه غرر؛ لأن السيد قد يقبض ثم لا يعتق فالأحوط له أن يقول له السيد: إن عجزت نفسك وأديت ليّ خمسمائة فأنت حر؛ ليكون العتق معلقًا بالأداء لا الإبراء، ولكن مع هذا لا يكون هذا العتق بحكم الكتابة، وإنما هو بالصفة فلا يستتبع به الأولاد والإكساب، فليفهم هذا لفظه في أصله.

وقال الماوردي: قال الشافعي: فإن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز وليرض السيد بشيء يأخذ منه على أن يعتق فيجوز وهذا صحيح إذا اختار التوصل إلى وقوع العتق ببعض الباقي فعجز المكاتب نفسه حتى عاد عبدًا استأنف السيد بعد العجز، فقال له: إن أعطيتني دينارًا فأنت حر جاز؛ لأنهما بعد بطلان الكتابة بالعجز قد استأنفا عتقًا بصفة فصار العتق واقعًا بها لا بالكتابة.

قال: ولكن لو جعلا عتق الصفة مشروطًا بالعجز، فقال السيد: إن عجزت نفسك وأعطيتني دينارًا فأنت حر، فعجز المكاتب نفسه وأعطاه دينارًا أعتق به، وكان هذا أحوط للمكاتب مما تقدم؛ لأنه إذا عجز نفسه وقد انعقدت الصفة بعتقه لوجود شرطها فصارت لازمة لا خيار للسيد فيها بعد العجز، وهو في المسألة الأولى مخيَّر بعد العجز بين أن يعقد عتقه بالصفة أو لا يعقد، فأمَّا إذا قال: أكاتبه والكتابة بحالها إن أعطيتني دينارًا فأنت حر عتق بدفعه ويغلب حكم الكتابة، وصار العتق فيها على عوض فاسد فيلزم المكاتب فيها قيمته،

....

ويرجع بما أداه من قبل مع الدينار الذي عتق به من بعد يتقاصان به مع اتفاق الجنسين، ويتراجعان فصلًا إن كان، انتهى.

وقال في «الشامل»: قال الشافعي: فإن أراد أن يصح هذا فليرض المكاتب بالعجز وليرض السيد أن يأخذ منه شيئًا ويعتقه يريد أن المكاتب يعجز نفسه فيفسخ السيد الكتابة، ثم يعتقه على ما معه من المال.

قال أصحابنا: هذا صحيح إلا أن فيه غررًا؛ لأنه يجوز أن يأخذ منه المال ولا يعتقه، ولكنه إذا قال: إذا عجزت نفسك ودفعت إليّ المال الذي معك فأنت حر، ففعل ذلك عتق إلا أن العوض يكون فاسدًا؛ لأنه شرط فيه التعجيز فيكون للسيد قيمة العبد يحتسب فيها ما أخذه، وإن لم يقل هذا، ولكنه قال: إن أعطيتني خمسمائة فأنت حر فأعطاه عتق، ولكنه عوض فاسد؛ لأن عقد الكتابة لا تصح المعاوضة عليه فيعتق بالصفة ويجب عليه تمام قيمته، انتهى.

وفيما علق عن البغوي على «المختصر» بعد إيراد النص: وهذه حيلة ذكرها الشافعي وظاهره: إن المولى يفسخ الكتابة برضا المكاتب ثم يعتقه على ما في يده ولو أن المكاتب يخاف أن المولى لا يعتقه بعد أخذ ما في يده وتعجيزه، فالطريق في ذلك أن يقول له المولى: إن عجزت نفسك وأعطيتني خمسمائة فأنت حر، فحينئذ إذا عجز نفسه وأدى خمسمائة عتق، ثم أنهما يتراجعان السيد بقيمته وهو بما دفع من قبل أن السيد جعل التعجيز والخمسمائة عوضًا، والتعجيز لا يصلح أن يكون عوضًا، فلا جزم.

قلنا: يفسد لفساد العوض والعتق ويحصل لوجود الصفة.

قال شيخنا الإمام: ولا يثبت للمكاتب رجوع بما دفع؛ لأنه لمَّا عجز نفسه صار ما في يده ملكًا للمولى غير أن السيد يرجع عليه بقيمته؛ لأنه لم يرض بإعتاقه مجانًا ولا يرجع بما سمى؛ لأنه فسد بشرط التعجيز فصار كما لو [أعتقه على خمس، قال رضي الله عنه: ويحتمل أن يقال: لا يثبت النزاع أصلًا] كما لو قال: إن أديت إليَّ ألفًا فأنت حر، فأدى يعتق ولا شيء عليه؛ لأنه تعليق محض.

....

قلت: وربما هذا الوجه أولى، وفي الأولى نظر، انتهى لفظ «التعليق».

والظاهر أن القائل ـ قلت ـ هو المعلق عن البغوي، والاحتمال للبغوي في «عمد» الفوراني بعد ذكره النص، قال الشيخ الإمام ـ يعني: القفال ـ: وهاهنا إشكال، فإن ظاهره يقتضي أنه إذا أخذ من عبده مالًا بشرط أن يعتقه جاز ما بقي في يد العبد يتبعه فيبقى ملكًا له، وهذا لا يصح على مذهبه الجديد؛ لأن العبد لا يملك يومًا في يده للمولى ولو أعتقه لا يتبعه، فلعله أجاب على قوله القديم.

وعلى الهامش قلت: هذا لا يصح؛ لأن قوله القديم لا يتبع المال العبد، وإن قلنا: يملك فذلك قول مالك، انتهى.

قال الفوراني: قال بعض فقهائنا: لم يرد الشافعي ما ذهب إليه الشيخ الإمام، ولكنه أراد أن يعتقه على مال فيقول: إن أديت إليّ كذا فأنت حر، فأي مال دفع إليه عتق ويبقى شيء وهو أن العبد في هذا التعجيز محاط ولعله لا يعتقه، فينبغي أن يقول له المولى قبل التعجيز: إذا عجزت ودفعت إليّ كذا فأنت حر، فإن فعل ذلك حينئذ استرد العبد ما دفع بعد التعجيز وعليه قيمة نفسه؛ لأنه علق عتقه بأداء مال وهو في حال الكتابة فلا يصح، انتهى.

وذكره في «الإبانة» ملخصًا بمعناه هذا ما حضرني من المنقول في المسألة ويخرج فيها وجوه، والله أعلم.

واعلم أني إن كتبت هذا رأيت بعض أئمة العصر ـ رحمهم الله ـ أفرد المسألة بتصنيف فنورد مقاصده، وإن تضمن ذلك تكرارًا ففيه فوائد.

قال مسألة: ضع وتعجل، ومعناها أن يكون لرجل على آخر دين مؤجل فيقول المديون لرب الدين: ضع بعض حقك وتعجل الباقي، أو يقول رب الدين للمديون: عجل لي بعضه وأضع عنك باقيه، ولا فرق عندنا بين دين الكتابة وغيره، فإن جرى ذلك بالشرط بطل، وإن عجل بغير شرط وأبرأ الآخر وطابت أنفسهما فهو جائز، والشرط المبطل هو المقارن، فلو تقدم لم يبطل صرَّح به الجوزي هنا وهو مقتضى تصريح جميع الأصحاب في غير هذا الموضع.

....

ثم ذكر أثارًا رويت في التحريم والإباحة في غير دين الكتابة، ثم قال: وأصحابنا يحملون اختلاف الآثار في ذلك على ما ذكرناه من التفصيل، قال: ولا يحضرني عن أحد من العلماء اختلاف في امتناعه في غير دين الكتابة إذا كان بالشرط، وأمَّا دين الكتابة، فقال أبو حنيفة وأحمد بجواز ذلك فيه؛ لأن دين السيد على العبد غير مستقر فلم يكن على حقيقة المعاوضات وعندنا هو كبيرة إن جرى ذلك فيه بالشرط فسد وإلا فلا، وإذا فسد لم يصح التعجيل ولا الإبراء ولا يقع العتق، فإن قلت: لنا خلاف في القديم في صحة تعليق الإبراء، ومقتضى ذلك أن يصح الإبراء هنا في دين الكتابة وغيره.

قلت: يمكن حمله على تعليق ليس في معنى المعاوضة ويحرم بالبطلان فيما إذا كان في معنى المعاوضة لما ذكروه من معنى ربا الجاهلية، فإن قلت: ينبغي أن يصح تعليق الإبراء في الكتابة وإن فسد في غيرها؛ لأن إبراء المكاتب عتق.

قلت: إنما يكون الإبراء عتقًا إذا أبرأ مجانًا لا في مقابلة عوض التعجيل، فإن قلت: فلو جعل بدل الإبراء العتق.

قلت: تفسد المعاوضة ويعتق بالتعجيل الفاسد ويجب عليه قيمته، أمَّا فساد المعاوضة فلأنه إنشاء عقد عتاقة بمال على المكاتب وهو لا يجوز وعتقه بالتعجيل لوجود الصفة ووجوب القيمة؛ لأنه لم يعتقه مجانًا، وهذا منقول فيما إذا عتق على عوض غير نجوم الكتابة، واستشكل الإمام وقوع العتق، وقال: إنما لا يصح تنجيزه لا يصح تعليقه، وجوابه: إن الذي لا يصح تنجيزه هو عتق المكاتب على مال آخر، أمَّا مطلق عتقه فيصح وهو المعلق والمال في مقابله هذا التعليق فلا يمتنع الحكم بوقوعه، ولو علق العتق على أداء بعض النجوم في محله فلا شك في صحته ووقوع العتق به ولو علق العتق على تعجيله فهل يكون كتعليق الإبراء فيبطل أو كتعليق العتق؛ لأنه من مال الكتابة؟ سنحكي من كلام الجوزي عن الشافعي ما يدل على أنه يقع به العتق ويكون عوضًا فاسدًا.

قال: والذي دعانا إلى الكلام في هذه المسألة النظر في صحة الإبراء فلنذكر نصوص الشافعي والأصحاب والمسألة مذكورة في «مختصر» المزني

....

ولكن غيره ذكرها أبسط منه، فذكر الجوزي في حكاية كلام الشافعي قال: ولو عجل ذلك على أن يضع عنه منه شيئًا ويعجل له العتق لم يحل ولو كانت غير حالة فسأله أن يعطيه بعضها حالًا على أن يبريه من الباقي لم يجز ذلك كما لا يجوز في دين إلى أجل على حر، فإن فعل لم يعتق المكاتب وردَّ على ما إذا أخذ منه؛ لأنه أبرأه مما لا يجوز له أن يبريه منه، فإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقًا، فأخذ به عتق ورجع عليه سيده بالقيمة؛ لأنه أعتقه ببيع فاسد، فإن أراد أن يصح هذا لهما فليرض المكاتب بالعجز ويرضي سيده بشيء يأخذه منه على أن يعتقه فتبطل به الكتابة، وينفذ العتق والعوض، وقال الأصحاب كلهم عن الشافعي بعض هذا الكلام وهو في معناه ولفظهم الذي نقلوه.

ولو عجل له بعض كتابته على أن يبريه من الباقي لم يجز ورد عليهما أنفق منه، ولم يعتق؛ لأنه أبرأه مما لا براءة منه، فإن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز ويرضي السيد بشيء يأخذ منه على أن يعتقه فيجوز، وعلل الأصحاب كلهم ذلك بأنه في معنى ربا الجاهلية الجمع على تحريمه وبطلانه، وهو أنهم كانوا يريدون في الحق ليزيد صاحب الحق في الأجل، وهذا ينقص عن الحق لينقص من الأجل فهو يشبهه وفي معناه، ثم للمسألة شرطان:
الأول: أن يكون للتعجيل مشروطًا بالإبراء.

والثاني: أن يقع الإبراء على الفور على وجه القبول لما شرطه الدافع كما في سائر العقود، فيكون هذا عقدًا فاسدًا لشبهة بربا الجاهلية.

قال أبو إسحاق في «النكت»: وقال أبو حنيفة: يصح لنا أنه أبرأه عن بعض الدين بإسقاط الأجل، فلم يجز كالثمن والأجرة والصداق؛ ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية وهو تأجيل الدين بالزيادة، وقياس الأصحاب المسألة على غيرها من الديون يقتضي موافقة أبي حنيفة وأحمد على المنع فيها، ودلَّ كلام الشافعي السابق على امتناعها في دين الكتابة وغيره بالشرط، وقال المزني: قد قال في هذا الموضع: إذا وضع وتعجل لا يجوز وأجازه في الدين، ولا يجوز عندي أن يضعه على أن يتعجل، انتهى واستشكل الأصحاب هذا الكلام من المزني.

....

قال الجوري: قال أصحابنا: هذا غلط إنما أجازه بلا شرط، أمَّا بالشرط فلم يختلف قوله أنه باطل، وكذا قال الأصحاب وقال ابن الرفعة: جمهور الأصحاب ـ بل كلهم ـ ردوا على المزني، وقالوا ليست المسألة على قولين، ونقل القاضي الحسين كلام المزني، وقال: هذا يوهم أن في المسألة قولين وليس كذلك، بل على اختلاف حالين، وقال الإمام: نقل المزني في هذا تردد نص، وجعل المسألة على قولين في أن الإبراء هل يصح على هذا الوجه؟ وغلّطه المحققون، وذهب الأكثرون إلى حمل كلام الشافعي، فذكر كلام الإمام إلى آخره.

ثم قال: وما حكاه الإمام من الطريقين عن المحققين والأكثرين في غاية الإشكال، فإنه يوهم إثبات خلاف وليس كذلك؛ بل يجب حمل كلامه على أن المحققين غلَّطوه في النقل، والأكثرون سلموا النقل وقالوا: محله إذا كان بغير شرط، وهؤلاء أيضًا مغلطون في التخريج إلى هذه المسألة، وهؤلاء أولى بأن يسموا محققين، فإنهم عرفوا محل النقل وحققوه وغلطوا التخريج منه، وأمَّا تغليط المزني في النقل بغير هذا التأويل فلا وجه له؛ لأنه ثقة فيما ينقل وكيفما قدر فالطريقان متفقان على التغليط، وعدم إثبات قولين لا في حالة الاشتراط ولا في حالة عدم الاشتراط، بل جازمون بالحكمين على اختلاف الحالين كما قاله غير الإمام.

وأطال الكلام مع الإمام في تحرير النقل، وقال الغزالي في «البسيط»: فذكر كلامه وتنزيله نقل المزني كما سبق، وأنه جرى على هذا التنزيل في «الوسيط» و«الوجيز» قال: وهو شيء انفرد به تفقهًا لا نقلًا، وتنزيل القولين على ذلك بعيد لما سيأتي، وأمَّا الفقه الذي ذكره، فينبغي ألَّا ينازع في ذلك إذا جرى إبراء صحيح، ولكن متى يكون ذلك وليس في كلامه تعرض له، فقال: إن جرى الأمر كما صورناه في صور المسألة فهو فاسد ولا يأتي فيه كلام الغزالي، وإن تأخر وجرى إبراء مبتدأ فينبغي أن يقال: إن اعتقد السيد فساد الشرط فهو صحيح قطعًا، وإن ظن صحته وأتى به على أنه وفاء بالشرط فيصح على الأصح كما لو

....

رهن بناء على ظن وجوبه، فإنه يصح على الأصح عند النووي وهو الصواب، وحيث قلنا: إن الإبراء لا يصح إمَّا قطعًا وإمَّا على الأصح، فيأتي ما قاله الغزالي من أنه إن رضي رضًا جديدًا كفت الاستدامة قطعًا، وإن لم يجدد رضا فهل يكتفي بالرضا السابق أصح الاحتمالين عنده الاكتفاء.

وينزل منقول المزني عليه وينزل النص على الاحتمال الآخر، ولكن النص وكلام الأصحاب ينبوا عن هذا التنزيل، فتلخص من هذا أن الغزالي أيضًا لم يذكر خلافًا في صحة الإبراء، بل اقتضى كلامه أنه قد يوجد إبراء صحيح، أمَّا كونه الواقع في ضمن العقد أو مبتدئًا فلم يبنه.

ومقتضى كلامه هنا يشير إلى أنه لو لم يجز إبراء لا تكفي استدامة القبض إلا بإذن جديد وهو كذلك لفساد القبض، والرافعي ـ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى - [قال: إنه إذا أنشأ رضا جديدًا فقبضه عمَّا عليه يحكم بصحته، كما لو أذن للمشتري في أن يقبض ما في يده عن جهة الشراء، أو للمرتهن في قبضه عن الرهن، وما ذكره من الحكم صحيح، وقياسه على الشراء يوهم أنه لو لم يأذن فيه لا يصح وهو وجه في الحال، والصحيح خلافه وهو المذكور في «التتمة» ولنرجع إلى غرضنا.

قال الرافعي ـ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو عجل قبل المحل على أن يبريه عن الباقي فأخذه وأبرأه لم يصح القبض، ولا الإبراء خلافًا لأبي حنيفة وأحمد، ولو قال السيد: أبرأتك عن كذا بشرط أن تعجل الباقي، وإذا عجلت كذا فقد برأتك عن الباقي، فعجل لم يصح القبض ولا الإبراء أيضًا وإذا لم يصحا لم يحصل العتق وعلى السيد رد المأخوذ هذا ظاهر المذهب، وأشار المزني إلى تردد قول في صحة القبض والإبراء ولم يسلم جمهور الأصحاب اختلاف القول في المسألة، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجز شرط وابتداء به، وردَّ صاحب الكتاب تردد القول إلى أنه إذا عجل بشرط الإبراء وقال السيد له هل ينقلب القبض صحيحًا؟ انتهى.

وليس في كلامه رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ إشكال إلا إطلاقه الإبراء، وكان ينبغي أن يعين صورة المسألة وأن الإبراء صدر جوابًا، فإن هذا الإطلاق أوهم أن الإبراء إذا

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ النُّجُومِ، ....

تأخر عن التعجيل المشروط فيه الإبراء ووقع مستقلًا لا يصح، والنووي في «الروضة» وافق الرافعي حرفًا بحرف، وفي كلام [الرافعي] شيء آخر وهو: إن النص منقول [المزني] إنما هو إذا عجل ليبرئ.

وظاهر كلام الرافعي: إنه في ذلك، وفيما إذا علق البراءة بالتعجيل أو شرطه فيها والحامل له على ذلك أن الأصحاب جمعوا بين المسائل الثلاث والحكم فيها واحد، فإذا نقل النص في واحدة فليثبت حكمها في الأخرى فهذا تصرف والمنقول الصريح إنما هو في الأولى وفي التي قدَّمها في كلامه، وقد تبين بهذا أنه لم يحك أحد من الأصحاب بعد المزني في المسألة طريقين ولا قولين ولا وجهين، وإن كلهم جازمون بأنه يبطل مع الشرط جزمًا ويصح بلا شرط جزمًا، وفي ذلك اتفاق على رد ما قاله المزني في الصورة إذا أخذ على ظاهره إلا أن يحاول على ما قاله الغزالي وليس فيه إثبات خلاف أيضًا في الإبراء كما بينَّاه، وقد يغتر بقول الرافعي والنووي هذا هو المذهب بأن في المسألة طريقين، وهذا ليس بلازم، بل مراده بالمذهب المنصوص الذي جرى عليه الأصحاب وخالف المزني فيه تخريجًا منه، وإن كان تخريجًا مردودًا، ويحتمل أن يسلم أن في المسألة طريقين ويقول: إن المراد بالطريق الثاني ما قاله الغزالي من صحة القبض عند الإبراء الصحيح، لكن هذا يقتضي أن تكون هذه الطريقة هي الصحيحة وليس كذلك. ويتردد البغوي حيث لم يحكِ كلام المزني واستراح من هذا الصداع، ثم قال: وحاول شيخنا ابن الرفعة إثبات ما قاله المزني من جهة صحة تعليق الإبراء في القديم، وقد تقدم جوابه وحقيقة تعليق الإبراء غير خفيفة المعاوضة والصلح والأصحاب إنما تكلموا في ذلك، انتهى.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ النُّجُومِ)**؛ لأنه بيع ما لم يقبض؛ ولأنه بيع الدين لغير من عليه؛ ولأن النجوم غير مستقرة وإذا لم يصح بيع المبيع قبل القبض فبيع ما لم يلزم الملك فيه أولى بالمنع هذا هو المذهب المشهور والمنصوص في «الأم» و«المختصر» وعامة كتبه كما قاله المحاملي في «المجموع» قال: وليس له نص بالجواز، انتهى.

وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهَا، ....

وعن القديم تجويزه وأنه رجع عنه في الجديد، ومنهم من أخذه من القولين في بيع سائر الديون، ورد بأن ذلك في الديون المستقرة ومنهم من أخذه من تجويزه بيع المكاتب في القديم وزيفوه.

[وقال البغوي في «التعليق»: نص على المنع في ثمانية كتب وأوفى في القديم إلى الجواز].

وقال الماوردي: جعله بعضهم قولًا له وجعله بعضهم حكاية عن مالك.

قال: **(وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهَا)** اعلم أن هذا وجه ضعيف رجحه الرافعي هنا، فقال تبعًا لنقل الإمام عن الأئمة: إن جوزنا بيع النجوم جاز الاعتياض عنها، وإلا ففي الاستبدال وجهان.

قال الإمام: وسبب الترتيب أن المبيع مقصود بالتمليك وما يستدل عنه فالمقصود عوضه وسقوط المستبدل عنه، ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللازمة بلا خلاف واختلف القول في بيعها والأظهر منع الاستبدال أيضًا وهو المذكور في «التهذيب».

قلت: وقضية كلام «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» و«المنهاج» وغيرها في كتاب الشفعة الجزم بجواز الاعتياض عن النجوم، وهو المذهب الصحيح المنصوص في «الأم» هنا: ولو خلت نجومه كلها وهي دنانير، فأراد أن يأخذ منه دنانير عوضًا يتراضيان ويقبضه السيد قبل أن يتفرقا كان جائزًا وكان حرًا إذا قبضه على أن المكاتب برأ مما عليه كما إذا كانت له على حر دنانير حالة فأخذ بها منه عوضًا أو دراهم بتراضيهما وقبض أن يتفرقا جاز وعتق المكاتب ولم يتراجعا بشيء هذا نصه.

وقال في باب آخر من «الأم»: وإن كاتبه على دنانير لم يجزه على أخذ دراهم وإن كاتبه على عوض لم يجزه على أخذ دراهم فاقتضى أنهما لو تراضيا جاز، وأيضًا فالصحيح المنصوص في «الأم» جواز الحوالة بها من المكاتب، وقضية كلام المحاملي والماوردي وابن الصباغ والدارمي وغيرهم من العراقيين

فَلَوْ بَاعَ وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي لَمْ يَعْتِقْ فِي الْأَظْهَرِ، وَيُطَالِبُ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ، وَالْمُكَاتَبُ الْمُشْتَرِيَ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ، ....

جواز الاستبدال عنها بل كلامهم مصرح به ولا تردد عندهم فيه فيما أعلمه، وممن جزم بالجواز من المراوزة صاحب «الترغيب» وبالجملة فهذا وجه شاذ لبعض المراوزة، قلد «المحرر» فيه «التهذيب» كعاداته، وقضية كلام «البسيط» و«الوسيط» في الكلام على ركن الصيغة الجزم بالصحة، ولفظ «الوسيط»: والعتق يحصل بالإبراء والاعتياض تغليبًا لحكم المعاوضة لكن في الكتابة الصحيحة، واقتضاه كلامه في الشفعة يقتضي ذلك واستدل البغوي في «تعليقه» على منع صحة بيع النجوم بأنه لا يجوز الاعتياض عنها وليس كما قال رَحِمَهُ اللَّهُ.

قال: (**فَلَوْ بَاعَ وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي لَمْ يَعْتِقْ فِي الْأَظْهَرِ وَيُطَالِبُ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ**) أي: بالنجوم المبيعة.

(**وَالْمُكَاتَبُ الْمُشْتَرِيَ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ**) إذا منعنا بيع النجوم فباع لم يجز للمكاتب تسليمها إلى المشتري [ولا له مطالبته بها ويعتق بدفعها إلى السيد، وهل يعتق بدفعها إلى المشتري؟].

قال في «المختصر» يحصل، وعن «الأم» منعه وفيهما طريقان: أظهرهما: عند الأكثرين وبه قال ابن سريج فيه قولين:

أحدهما: يحصل؛ لأن للسيد سلطة على القبض فأشبه الوكيل؛ وبهذا أجاب الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته».

وأظهرهما: المنع؛ لأنه يقبض لنفسه ولو تلف في يده قيمته بخلاف الوكيل، وحمل أبو إسحاق النصين على حالين وإن كان قال: مع البيع ضدها منه لو قال المكاتب لحقها إليه صار وكيلًا وحصل العتق بقبضه، وإن اقتصر على البيع فلا وإنه فاسد فلا عبرة بما يتضمنه، ويقال أن أبا إسحاق عرض بهذا الفرق على ابن سريج فلم يعبأ به.

وقال: إنه وإن صرح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا أنه يبينه هذا حاصل كلام الرافعي، وصحح البغوي في «التعليق» الطريق الثاني، وقال: إن

....

ظاهر النص يدل عليه؛ لأنه توكيل مبتدأ وهذا الطريق حكاه الماوردي عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة، وهو المختار وعليه ينطبق قول الشافعي في «الأم» في باب بيع كتابة المكاتب: ولا يجوز بيع كتابة المكاتب بدين ولا بنقد ولا بحال من الحال؛ لأنها ليست بمضمونة على المكاتب، ومتى شاء عجز فإن بيعت فالبيع باطل، وإن أدى المكاتب إلى المشتري كتابته بأمر السيد عتق كما يؤدي إلى وكيله فيعتق؛ لأن المكاتب يبرأ منها بأمر السيد، فمتى برأ منها فهو حر، انتهى لفظه وهذا ما في «المختصر».

نعم قال: قيل هذا في باب بيع المكاتب ورقبته، ولو كانت لرجل على مكاتبه نجوم ولم تحلل فباعه من أجنبي فقبضها الأجنبي منه لم يعتق المكاتب؛ لأن هذا يأخذ لنفسه دون السيد، انتهى.

والظاهر أن هذا النص في بيع رقبته أو بيع رقبته ونجومه وأن المشتري قبض النجوم لنفسه لا بأمر من السيد وتأويل هذا النص ظاهر، وقد تطابق نص «المختصر» و«الأم» على أنه إذا باعه النجوم وأمره السيد بدفعها إلى المشتري أنه يعتق ويتراجع السيد والمشتري.

ثم رأيت الدارمي قال: إن أدى المشتري فقال في «الأم» ونقل المزني يعتق كالوكيل.

وفي «الأم» أيضًا: لا يعتق قال ابن سريج: قولان، وقيل: يعتق إذا أذن بها لدفع ولا يعتق إذا أطلق فإن كان أدى بإذنه؛ فالمطالبة بين السيد والمشتري وإن كان بغير إذنه فبين العبد والمشتري، انتهى.

وأرسل جماعة غير الماوردي الطريقين بلا ترجيح وكلامهم ظاهر في أن الصورة فيما إذا قبض بأمره جاهلًا بفساد الشراء أما لو علم ثم قبض صح قبضه للبائع وعتق العبد قطعًا.

ثم قال الرافعي وغيره: فإن قلنا فما أخذه المشتري يدفعه إلى السيد؛ لأنا جعلناه كالوكيل له، وإن قلنا لا يعتق فالسيد يطالب المكاتب والمكاتب يسترد

....

ما دفع إلى المشتري، انتهى وتأمل هذا الموضع مع ما قدمناه في البيوع.

إنه لو كان لبكر على زيد طعام ولعمرو على بكر مثله، فقال بكر لعمرو: اقبض من زيد ما لي عليه لنفسك ففعل فالقبض لعمرو فاسد قطعًا، ولكن يحصل القبض لبكر في الأصح ويبرأ زيد من دين بكر، انتهى.

وهنا شيء آخر له تعلق بالمسألة من أصلها وربما يظهر منه رجحان اختيارنا لطريقة أبي إسحاق وابن أبي هريرة وهو أنه قال في أصل «الروضة» في باب المناهي: إذا باعه عبده بألف بشرط أن يبيعه داره، أو أن يشتري منه داره أو بشرط أن يقرضه عشرة فالعقد الأول باطل فإذا شاء بالبيع الثاني نظر إن كانا يعلمان بطلان الأول صح وإلا فلا؛ لأنهما يأتيان به على حكم الشرط الفاسد، كذا قطع به صاحب «التهذيب» وغيره والقياس صحته وبه قطع الإمام وحكاه عن شيخه في كتاب الرهن، انتهى.

وقال من تكلم على المسألة في آخرها إثر ما سبق عنه رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى.

فإن قلت: قال البغوي وغيره في صورة كذا وكذا إن كانا عالمين ببطلان الأول صح وإلا فلا؛ لأنه يبيعه على حكم الشرط الفاسد، وهذا يخالف ما قلتموه هنا من أنه إذا أبرأ إبراءً مستقلًا ظانًا صحة الشرط يصح.

قلت: المختار في تلك المسألة الصحة أيضًا وبه قطع الإمام.

وقال الرافعي: إنه القياس على أنه يمكن حمل كلام البغوي على ما إذا باع مجيبًا لا مستقلًا كما صورناه في الكتابة ويرشد إلى هذا أنه ذكره في تفسير نهيه ﷺ عن بيعتين في بيعة، وإنما يكون كذلك إذا ورد العقد في صورة عقد واحد، أما إذا ورد منفصلًا عنه فلا يمكن سأبينه على أن في كلامه ما يرد هذا الحمل، واعلم أن مسألة بيعتين في بيعة تكلم الشافعي والأصحاب فيها مفسرين للحديث بتفسيرين هذا أحدهما، أو يقول: بعتك داري هذه بألف على أن تبيعني عبدك هذا بألف إذا أوجبت لك داري أوجبت لي عبدًا، فهذا بيع باطل في العهدين هذه عبارة الماوردي عن الشافعي حكمًا وتصويرًا وهو ظاهر

....

التصوير الذي ذكرناه في المكاتب.

وعبارة البغوي: التفسير الثاني أن يقول بعتك هذا العبد بألف على أن تبيعني دارك أو تشتري مني داري لا يصح؛ لأنه جعل الألف والرفق بالبيع الثاني هنا وإذا بطل الشرط بطل بعض الثمن وبقي الباقي مجهولًا، أما البيع الثاني إن كانا عالمين ببطلان الأول صح وإلا فلا يصح؛ لأنه يبيعه على حكم الشرط الفاسد هذه عبارته ويمكن حملها على ما إذا قلنا، والإمام قال في باب بيعتين في بيعة: قول الشافعي في «تفسيره»: البيع باطل يعني البيع الذي شرط فيه البيع، وهذا خارج على قياس الشرائط الفاسدة، أما البيع الثاني إن اتفق جريانه خليًا عن شرط فهو صحيح.

وقوله: إن للشافعي يعني البيع الأول، ممنوع وإنما أراد العقدين جميعًا كما قاله الماوردي، ويحمل على ما صورناه وبذلك يسمى بيعتين في بيعة أما إذا وجد البيع الثاني منقطعًا عن الإذن فلا يسمى بيعتين في بيعة ويكون فساد الأول بالشرط الفاسد لا بدخوله تحت مورد النص، ولو كان البيع الثاني المنقطع عن الأول مع الأول داخلين تحت مورد النص لفسد الثاني، وإن علمنا فساد الأول ولا قائل به نعم؛ إذا أتى به في ضمن واحد فسدا جميعًا سواء علما فساد الأول أو جهلا، فافهم هذا فإنه كلام نفيس.

وفرق بين الكلامين على مورد النص وبين الكلام على حكم المسألة في الجملة، وبذلك يفهم محل كلام الشافعي والأصحاب وكلام الإمام وبه يتبين لك إشكال كلام البغوي، فإن حمل على ما إذا صدر البيعان على صورة بيعة واحدة كان ينبغي أن يفسد قطعًا علما أو جهلا وهو قطع بالصحة إذا علما فساد الأول والأقرب أنه إنما أراد صدر مبتدأ ولكن كلام الإمام أصح منه، وأما قول الإمام: إن اتفق جريانه خليًا عن شرط فهو صحيح وجيد، وإنما يكون كذلك إذا صدر مستقلًا من غير أن يكون في ضمن العقد الأول وحينئذ تكون كمسألة الرهن، ولهذا أعاد الإمام المسألة في الرهن وحكم بالصحة فيها تبعًا لشيخه من غير أن يسميها بيعتين في بيعة، وحاصله أن صدر البيع الثاني على الصورة

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ رَقَبَتِهِ فِي الْجَدِيدِ، ....

التي ذكرناها لم يتكلم فيه الإمام وهو مراد الشافعي والأصحاب، بل أفاد الإمام مسألة أخرى ليست في كلامهم.

نعم القاضي الحسين صرَّح بأنه إذا شرط رهنًا، وكان الشرط فاسدًا وأتى بالرهن على اعتقاد وجوب الوفاء، فإن الرهن لا يصح، كمن أدَّى إلى إنسان ألفًا على ظن أن له دينًا عليه ثم تبين أنه لم يكن عليه دين فالأداء غير معتمد به والمؤدي يسترد.

قال الإمام: وما ذكره غير صحيح والحق مع الإمام في ذلك، وكيف يصح ما قاله القاضي وجميع العقود والتصرفات إنما ينظر فيها إلى مدلولها ولا اعتبار بظن العاقد، وإذا كنا نصحح بيع ما يظنه لغيره فتبين لنفسه مع ظنه الفساد فلأن نصحح هذا مع اعتقاد الصحة أولى، وغاية ما في الباب أنه ظن وجوبه عليه فلا يعذر فيه؛ لأنه مفرط وليس كصورة استشهاده إذ ليس هناك إلا مجرد الدفع وهو لا يملك إلا بشرط أن يكون عن دين، وهنا لفظ مملك، ولو أعتق ظانًا وجوبه عن كفارة ونحوها أو طلق ظانًا وجوبه عن أمر بسبب إيلاء ونحوه، أو وهب ظانًا وجوبها بسبب من الأسباب، ويبعد كل البعد أن يقال: لا تصح هذه التصرفات والتوقف في ذلك لا معنى له.

ثم قال: وذكر الرافعي ـ رحمه الله تعالى ـ أنه لو أقاله في بعض المسلم فيه على أن يعجل الباقي، أو عجل بعضه ليقيله في الباقي فهي فاسدة، وهذا يجب حمله على ما صورناه في الكتاب وأن يكون المراد إذا صدرت الإقالة والتعجيل على نعت عقود المعاوضة فلو تأخرت الإقالة وابتداؤها فلا بد من التفصيل بين علمه بفساد الشرط أولًا؛ لأنه إن علم صحت وإلا فكذلك في الأصح على قياس ما قلناه في البيع والرهن والإبراء، والله سبحانه وتعالى أعلم، انتهى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ رَقَبَتِهِ فِي الجَدِيدِ)** أي: وسائر كتبه كما قاله الماوردي؛ لأن الكتابة عقد يمنع من استحقاق الكسب وأرش الجناية فيمنع البيع كما لو باع عبدًا لا يجوز له بيعه لغيره، ولأن البيع إما أن

....

يرفع الكتابة وهو باطل؛ لأن الكتابة لازمة من جهة السيد أو لا يرفع فيبقى مستحق العتاقة، خرجت ألا يصح بيعه كالمستولدة، قال الرافعي وغيره: والقديم الجواز.

وقال الماوردي: قال مالك: يجوز بيعه ويكون ولاؤه إن عتق للمشتري، وحكاه أبو ثور عن الشافعي في القديم، ثم قال: وقال الشافعي في الجديد وسائر كتبه أن بيعه لا يجوز وبه قال أبو حنيفة.

وقال الزهري وربيعة: يجوز بيع المكاتب بإذنه ولا يجوز بيعه بغير إذنه، انتهى.

واحتج للقديم بأمور منها قصة بريرة الثابتة في «الصحيحين» وغيرهما.

ومنها: أن المكاتب كالعبد في عامة أحكامه فوجب أن يكون كالعبد في جواز بيعه، ولأن الكتابة عتق بصفة وذلك لا يمنع البيع كقوله: إن دخلت الدار فأنت حر.

قال الماوردي: والدليل على بيع بيعه ما ذكرناه من المعاني في فساد بيع نجومه، ولأن السيد قد عارض على قربته بكتابته حتى زال ملكه عن أرش الجناية عليه فوجب أن يكون ممنوعًا من بيعه كالعبد المبيع، ولأن البيع إن توجه إلى نجوم الكتابة فقد أبطلناه؛ لأن ملك السيد عليها غير مستقر وإن توجه إلى الرقبة اقتضى أن تكون النجوم للسيد البائع لخروجها من البيع، وإن توجه إليهما لم يجز؛ لأن مال العبد مملوك وهو لا يدخل في البيع وما أفضى إلى هذا وجب أن يكون باطلًا، ولأن بيعه لو صح لم يجز أن يعتق على مشتريه؛ لأن صفة عتقه متقدمة على ملكه ولا على بائعه لزوال ملكه وفي ثبوت عتقه بالأداء دليل على فساد بيعه المنافي لحكمه ولأن عتقه إذا نفذ بعد بيعه مفض إلى سقوط الولاء لمستحقه؛ لأنه لا يجوز أن يكون للبائع لزوال ملكه ولا للمشتري؛ لأنه لم يعقد سبب عتقه وما أفضى إلى هذا فهو باطل، ولأن عقد الكتابة يمنع من استقرار الملك على الرقبة؛ لأنه مفض إلى العتق في عقد البيع

....

فوجب أن يستقر ملك المشتري على المبيع فتنافى اجتماعهما، والكتابة لا تبطل بالبيع فوجب أن يبطل البيع بالكتابة.

وأما الجواب عن حديث بريرة فهو أن الكتابة غير لازمة من جهة المكاتب، وإن كانت لازمة من جهة السيد فصار مساومة بريرة لمواليها في ابتياع نفسها فسخًا منها، كما لو باع بشرط الخيار ثم باع ما باعه كان بيعه الثاني فسخًا للأول كذا مساومة بريرة في نفسها وابتياعها فسخًا وبيعها بعد فسخ الكتابة جائز ألا ترى أن النبي ﷺ أمر عائشة بعتقها، ولو بقيت الكتابة لعتقت بها.

وقولهم أن المكاتب في عامة أحواله كالعبد فليس منكر أن يكون كذلك ولا يجوز بيعه كأم الولد؛ ولأنه قد يخالف العبد في كثير من أحواله وإن وافقه على شيء منها، وأما المعتق بصفة فمخالف للمكاتب؛ لأنه يعني السيد يملك إكسابه وأرش الجناية عليه فخالف المكاتب في جواز البيع، انتهى كلام «الحاوي» وإنما سقته لغرض سيأتي.

تتمات وفروع:

منها: حكى الماوردي جواز بيع المكاتب عن مالك كما تقدم وهو عكس ما حكاه الرافعي وغيره وهو الجيد، قال ابن عبد البر في نقله مذاهب الناس في جواز بيعه، وقال آخرون: إذا رضي المكاتب ببيعه جاز لسيده بيعه، وهذا قول أبي الزناد وربيعة والشافعي ومالك إلا أنه اختلف قوله في كيفية تعجيز المكاتب، ولا يرى بيع رقبة المكاتب إلا بعد التعجيز، وأما الشافعي فقال: إذا رضي المكاتب بالبيع فهو منه رضا بالتعجيز وتعجيزه إليه لا إلى سيده ألا ترى أن بريرة رضيت أن تباع وهي كانت المساومة بنفسها والمختلفة بين ساداتها وعائشة حين اشترتها، انتهى.

وقال الشافعي في «الأم»: ولا يجوز لرجل أن يبيع مكاتبه ولا يهبه حتى يعجز، فإن باعه قبل أن يعجز المكاتب أو يختار العجز فالبيع باطل، ولو أعتقه الذي اشتراه كان العتق باطلًا؛ لأنه أعتق ما لا يملك وكذلك لو باعه قبل أن

....

يعجز أو يرضى بالعجز ثم رضي بالبيع بالعجز كان البيع مفسوخًا حتى يحدث له بيعًا بعد رضاه بالعجز، انتهى.

ومنها: قال الرافعي: ومن قال بالجديد قال: إن بريرة عجزت نفسها ثم اشترتها عائشة -رضي الله عنها-.

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: إن من الأصحاب من قطع بالمنع وأنكر القول الآخر، واعلم أن قضية كلام الرافعي والمصنف إن رضا المكاتب ببيعه ليس مسوغًا لبيعه إذا لم يجر تعجيز، وعليه ينطبق قول الجرجاني في «الشافي»: ولا يجوز بيعه في أصح القولين سواء رضي المكاتب أو لم يرض كما لو باعه، انتهى.

وهو ما يفهمه سياق ابن المنذر حيث قال: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن بيع السيد مكاتبه على أن تبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضيًا فيها مؤديًا لما يجب عليه من نجومه في أوقاتها، واختلفوا في بيع المكاتب على أن يمضي في كتابته على الشروط التي شرطها سيده الذي كاتبه، ثم حكى الجواز عن طائفة ثم قال: وفيه قول ثانٍ وهو أنه لا يجوز بيعه إلا برضا منه هذا قول الزهري وربيعة وأبي الزناد.

وفيه قول ثالثٍ: وهو أن بيعه غير جائز هذا قول أصحاب الرأي واختلف قول الشافعي في هذه المسألة فكان يقول بالعراق: بيعه جائز، وقال بمصر: لا يجوز، وهذا من ابن المنذر وظاهر في أن الشافعي لا يُجيز بيعه برضاه، كما قاله ربيعة وأبو الزناد كما يفهمه كلام الشيخين وغيرهما، وسبق نقل ابن عبد البر لمذهب ربيعة وأبي الزناد عن الشافعي ونقله كلام الشافعي بعد ذلك وعليه دل كلامه في «الأم» كما ذكرناه وسبق كلام الماوردي في ذلك، وحكى ابن الرفعة عن القاضي الحسين إن رضاه بالبيع يكون فسخًا للكتابة ولم يحكه عنه غيره فكأنه ظنه غريبًا، والله أعلم.

ويجوز أن يجمع بين الكلامين بأن من اقتضى كلامه المنع من غير تعجيز

فَلَوْ بَاعَ فَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي فَفِي عِتْقِهِ الْقَوْلَانِ، ....

أراد به مالكًا بقيناه مكاتبًا بعد البيع، ومن جعل رضاه تعجيزًا رده بالبيع قنًا وقطع أثر الكتابة بالكلية.

ومنها: قال ابن المنذر بعد حكايته مذاهب الناس في المسألة: قال أبو بكر: بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة ولو كان بيع المكاتب غير جائز لنهى عنه، ففي ذلك أبين البيان على أن بيعه جائز ولا أعلم خبرًا يعارضه ولا أعلم في شيء من الأخبار دلالة على عجزها.

وقال الأوزاعي: يكره بيعه قبل عجزه للخدمة ولا بأس أن يباع للعتق، انتهى وابن المنذر معذور.

ومنها: بنى القاضي الحسين ومن تبعه القولين في صحة بيعه على أن المغلب في الكتابة حكم الصفة أو المعاوضة، فإن قلنا بالأول جوزنا أو بالثاني منعنا.

ومنها: قال في «الأم»: وإذا باع سيد المكاتِب المكاتَب قبل أن يعجز أو يرضى بالعجز وأخذ السيد مالًا له فسخ البيع ورد على المكاتَب ماله إلا أن يكون حل نجم من نجومه فأخذ ما حل لزمه، وكذلك لو باعه وماله من رجل نزع ملك المكاتب من يدي المشتري وكان على كتابته، فإن فات المال في يد المشتري رجع به المكاتب على سيده في ماله إن لم تكن حلت عليه الكتابة أو بعضها فإن كانت حلت أو بعضها كان قصاصًا وكان على الكتابة وإن لم يفت ضمن المكاتب أيهما شاء إن شاء الذي استهلك ماله وإن شاء سيده.

قال: **(فَلَوْ بَاعَ)** أي: السيد رقبة المكاتِب.

(فَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي فَفِي عِتْقِهِ الْقَوْلَانِ) أي: السابقان فيما إذا باع نجومه فأدَّى إلى مشتريها.

قلت: كذا قاله البغوي وغيره ويجيء على طريقة أبي إسحاق وابن أبي هريرة أنه لا يعتق قولًا واحدًا، وأحسب أن في «الأم» ما يعضده؛ لأن هناك تخيل الاستنابة في قبض النجوم وهنا يبعد ذلك.

وَهِبَتُهُ كَبَيْعِهِ. وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ مَا فِي يَدِ مُكَاتَبِهِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَزْوِيجُ أَمَتِهِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ أَعْتِقْ مُكَاتَبَك عَلَى كَذَا فَفَعَلَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ مَا الْتَزَمَ.

[فَصْلٌ]: الْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فَسْخُهَا إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ عَنْ الْأَدَاءِ،

قال: (**وَهِبَتُهُ كَبَيْعِهِ**) أي: بوفاق النصوص والأصحاب؛ فيأتي فيها ما تقدم من الخلاف سواء قلنا: يقتضي الثواب أم لا شرطه أم لا هذا قضية إطلاقهم، وأمَّا الوصية برقبته مع صحة الكتابة فقد أطلقوا القول بفسادها حتى لو عجز أو أدى المال لم يحصل للموصى له شيء، وحكى وجه أنه لو أوصى بعبد غيره صحت وقضيته أنه لو عجز المكاتب قبل موت الوصي لن تصح الوصية ويدفع إلى الموصى له كما لو ملك عبد الغير الذي أوصى به، نعم يجوز أن يقول: أوصيت له برقبة المكاتب إذا عجز نص عليه في «الأم» وجزم القاضي الحسين بالمنع في هذه الصورة، وحكى الإمام وغيره فيها الوجهين كما لو قال: أوصيت بهذا العبد لفلان إن ملكته يومًا، وحكى الإمام وجهًا ثالثًا أن الوصية تصح بالمكاتب دون عبد الغير إذا ملكه.

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ مَا فِي يَدِ مُكَاتَبِهِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَزْوِيجُ أَمَتِهِ**) أي: ونحو ذلك من التصرفات؛ لأنه معه كالأجنبي.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: أَعْتِقْ مُكَاتَبَك عَلَى كَذَا، فَفَعَلَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ مَا الْتَزَمَ**) كما لو قال: أعتق مستولدتك على كذا وهو بمنزلة فداء الأسير أما لو قال: أعتقه عني على كذا أو مجانًا لم يعتق عن السائل، وهل يعتق عن المعتق؟ وجهان وسبقت المسألة في الكفارات.

قال: (**فَصْلٌ: الْكِتَابَةُ**) أي: الصحيحة.

(**لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فَسْخُهَا**) لأنها عقدت لحظ المكاتب لا لحظ السيد فكان السيد فيها كالراهن.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ عَنْ الْأَدَاءِ**) أي: عند المحل ولو بعض النجم سواء الأول وغيره كما يفسخ البائع لعجز المشتري عن الثمن، ويستثنى ما لو عجز عما يجب إيتاؤه كما سبق أما لو لم يبق إلا ذلك القدر فليس له تعجيزه؛ لأن له

وَجَائِزَةٌ لِلْمُكَاتَبِ، فَلَهُ تَرْكُ الْأَدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ، ....

مثله فإن اتفقا على شيء وإلا رفع المكاتب الأمر إلى القاضي ليفصل بينهما، ولو لم يعجز ولكنه امتنع من الأداء فللسيد الفسخ أيضًا، قال الماوردي: وإذا عجز احتاج الفسخ إلى شرطين:

أحدهما: أن يقول المكاتب: قد عجزت ويقول السيد: قد فسخت كتابتك، ويستحب أن يشهد بالفسخ استظهارًا، فإن لم يجب ويجوز الفسخ وإن لم يحضره الحاكم اعتبارًا بالفسخ بالعيب للإنفاق على حكمه دون الفسخ بالفلس للاختلاف فيه. وفي «التهذيب» وغيره وجرى عليه الرافعي أنه لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد التعجيز.

وقال الشافعي في «الأم»: متى قال المكاتب: قد عجزت أو أبطلت الكتابة فذاك إليه، وإذا قال سيده: لا أرضى بعجزه قيل: ذلك إليه دونك فهو لك مملوك فخذ ماله حيث كان واستخدمه وأجره، وكذلك لو كان عبدان أو عبيد في كتابة واحدة فعجز أحدهم نفسه أو رضي بقول الكتابة خرج منها ورفعت عمن معه في الكتابة حصته كما ترفع لو مات أو أعتقه سيده وسواء عجز نفسه عند حلول النجم أو قبله متى عجز نفسه فهو عاجز، انتهى.

قال: **(وَجَائِزَةٌ لِلْمُكَاتَبِ)** أي: لأنها عقدته لحظة فأشبه المرتهن.

(فَلَهُ تَرْكُ الْأَدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ) لما ذكرناه ولأن الكتابة تتضمن التعليق بالصفة والعبد لا يجبر على الصفة هذا هو المنصوص المعروف، وقيل: ليس له الامتناع عند القدرة ويقرب من وجه سبق أنه إذا علق عتقه على مشيئته أنه يجب عليه أن يشاء وهذا وما قبله، وإن كانا شاذين فقد يتعين القول بهما في بعض الصور عند التفطن، وقد يفرق بين ما لو كاتب الكافر عبده المسلم أو أسلم مكاتبه وبين مكاتب المسلم؛ لأن في تعجيز الأول نفسه إعادة الملك الكافر عليه فلا يجوز له مع القدرة على الأداء كما لا يجوز بيع العبد المسلم منه ابتداء، وذكروا أنه لو اشترى ثوبًا بعبده المسلم ثم علم به عيبًا فهل له رده واسترداد العبد؟ فيه وجهان.

فَإِذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ فَلِلسَّيِّدِ الصَّبْرُ وَالْفَسْخُ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ شَاءَ بِالْحَاكِمِ، وَلِلْمُكَاتَبِ الْفَسْخُ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**فَإِذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ فَلِلسَّيِّدِ الصَّبْرُ وَالْفَسْخُ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ شَاءَ بِالحَاكِمِ**) لأنه فسخ مجمع عليه لا اجتهاد فيه فصار بمنزلة اختيار المعتقة قاله في «الشامل».

والمشهور عن مالك أنه لا يعجزه سيده إلا عند السلطان أو القاضي، وهو قول ابن أبي ليلى وسحنون وابن القاسم قاله ابن عبد البر، ثم إذا فسخ بالحاكم فلا بد من ثبوت المكاتبة وحلول النجم عنده وغيرهما مما سيأتي والخيار في هذا الفسخ على التراضي، فلو أمهل ثم عن الفسخ عند حضور المكاتب جاز كما ذكره الشيخ وفيه شيء يأتي وأما عند غيبته فسنذكره.

واعلم أن مقتضى كلام الشيخين أن للسيد أن يتسيد بالفسخ إذا عجز المكاتب نفسه مع القدرة على الأداء ولا يحتاج فيه إلى الحاكم كما لو كان عاجزًا، وخصص الماوردي الاستبداد بالفسخ بحالة العجز، قال فيما امتنع مع القدرة أنه ليس للسيد أن ينفرد بالفسخ إلا بحكم حاكم لموضع الخلاف فيه كما أنه ليس للبائع أن يرجع بعين ماله عند فلس المشتري إلا بحكم الحاكم؛ لأجل الخلاف فيه، انتهى.

وأشار بالخلاف هاهنا إلى قول أبي حنيفة ومالك أنه إذا كان في يده وفاء بالنجوم لم يكن له تعجيز نفسه بل يجبر على الأول ولما ذكره في الاحتياج في هذا القسم إلى الحاكم شواهد مذهبية وفي «حلية» الشاشي: لو أعجز المكاتب عن الأول فهل يقف الفسخ على الحاكم؟ فيه وجهان: **أحدهما**: إنه لا يحتاج إلى الحاكم، **والثاني**: يفتقر إلى حكمه، انتهى.

قال: (**وَلِلْمُكَاتَبِ الْفَسْخُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: كما أن المرتهن إن فسخ الرهن، والثاني: لا؛ إذ لا ضرر عليه في نفاذ الكتابة هكذا ذكر الرافعي المسألة حكمًا وتوجيهًا.

وقال الإمام: الكتابة جائزة من جهة المكاتب مهما أراد فسخها سواء كان

وَلَوْ اسْتَمْهَلَ الْمُكَاتَبُ عِنْدَ حُلُولِ النَّجْمِ أُسْتُحِبَّ إِمْهَالُهُ، ....

قادرًا على أداء النجوم أو لا ، وذكر العراقيون طريقة تخالف طريقة المراوزة فقالوا : لا يتسنى للمكاتب فسخ الكتابة ولكن له الامتناع عن أداء النجوم مع القدرة ثم إذا امتنع فللسيد الفسخ إذا لم تصل يده إلى النجوم وهذا ذكروه مرارًا وصرحوا به وهو بعيد، فإن الامتناع عن أداء النجوم مع أنه لا يملك الفسخ كيف يجوز وما ذكروه على الحقيقة عكس الصواب، فإنهم ألزموا الكتابة في جانبه وجوزوا له أن لا يفي بها ، وهذا كلام متناقض والذي به العمل والفتوى أن للمكاتب يفسخ الكتابة متى شاء وما ذكروه يداني مذهب أبي حنيفة، انتهى وفي النفس من تغليط العراقيين شيء.

ونصوص «الأم» ظاهرة في أن ولاية الفسخ بعد العجز أو عند الامتناع من الأداء للسيد مع التصريح بأن له الإعراض عن الأداء ولم يتحرر لي ذلك، وفي «تعليق البغوي» ما لفظه : الكتابة عقد لازم من جهة السيد حتى لو أراد أن يفسخ فليس له ذلك، وجائزة من جهة العبد ولا يعني به متى أراد أن يفسخ له ذلك بل إذا حل عليه نجم، وليس في يده شيء للسيد فسخ الكتابة أو إذا كان في يده مال، وقال: أنا لا أؤدي فإنه لا يجبر على الأداء ولكن للسيد أن يفسخ الكتابة، انتهى.

وفسَّر في «التهذيب» الجواز في حال القدرة بأن له أن يمتنع من الأداء ويعجز نفسه ثم يقال للسيد: إن شئت فافسخ العقد وإن شئت فاصبر، ثم أرسل الوجهين في الكتاب بلا ترجيح.

واعلم أن الرافعي جزم في إثبات المسألة الثانية من النظر الثاني بأن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة وإنما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ إن شاء هذا لفظه وجعله دليلًا فحذفته «الروضة» وهذا ما اقتضاه كلام العراقيين والبغوي، والله أعلم.

قال: **(وَلَوْ اسْتَمْهَلَ الْمُكَاتَبُ عِنْدَ حُلُولِ النَّجْمِ أُسْتُحِبَّ إِمْهَالُهُ)** إعانة له على تحصيل العتق ولما في إنظار المعسر من حيث هو من الفضل، وعبارة «التهذيب» ولو سأل المكاتب النظرة إن لم يكن في يده وفاء عند حلول النجم يستحب له أن ينظره ولا يلزم، انتهى.

فَإِنْ أَمْهَلَ ثُمَّ أَرَادَ الْفَسْخَ فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ عُرُوضٌ أَمْهَلَهُ لِيَبِيعَهَا، فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ فَلَهُ أَنْ لَا يَزِيدَ فِي الْمُهْلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ....

قال: (**فَإِنْ أَمْهَلَ ثُمَّ أَرَادَ الْفَسْخَ فَلَهُ**) إذا أمهله السيد ثم بدا له أن يرجع ويعجزه فله ذلك ولا يلزمه الوفاء بالإنظار كسائر الديون الحالة، وفهم شارح عن المصنف أن المريد للفسخ العبد، وليس بصواب وإن كان الحكم صحيحًا إذا قلنا للعبد الفسخ وإنما أراد المصنف ثم أراد السيد الفسخ كما قاله الأصحاب وما في «المحرر» ملخص من «التهذيب» وكلامه نص في ذلك مع وضوحه.

إشارة: لا خفاء أن الإمهال للتكسب والتحيل مستحب وأن الإمهال بقدر ما يخرج المال من الصندوق والدكان والمخزن ويزن أو يكيل ونحوهما واجب، ويحتمل أنه لو قال: أمهلني لأستدين النجم وأحصله فيما دون الثلث أنه يجب إجابته إذا ظن صدقه، وإن ثم من يعطيه كما ينظر لبيع المتاع ويحمل إطلاقهم على ما إذا لم يقله واستكان للتعجيز فتأمله.

قال: (**وَإِنْ كَانَ مَعَهُ عُرُوضٌ أَمْهَلَهُ**) أي: وجوبًا.

(**لِيَبِيعَهَا**) كما يجب إمهاله لإحضار النجم من الحانوت أو المنزل أو مسافة قريبة؛ لأنه واجد لما عليه باذل.

(**فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ فَلَهُ أَنْ لَا يَزِيدَ فِي الْمُهْلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ**) أطلق جماعة وجوب إمهاله لبيع العروض وأنه لا يلزم الإمهال أكثر من ثلاثة أيام.

وقال الرافعي: إذا حل النجم وهو نقد وللمكاتب عروض فإن تأتى بيعها على الفور فلا يفسخ السيد وتباع، فإن احتاج البيع إلى مدة وكساد وغيره فقضيته ما أطلقه الصيدلاني أنه لا يفسخ أيضًا، ورأى الإمام جواز الفسخ ونزله منزلة غيبة المال وهذا أظهر وضبطه في «التهذيب» مدة التأخير بثلاثة أيام، وقال: لا يلزم أكثر من ذلك.

قلت: ويؤيد ما أطلقه الصيدلاني قول الشافعي في «الأم»: إنه إذا جاء به إلى السلطان فسأله نظره مدة يؤدي إليه نجمه أو سأل ذلك سيده لم يكن على السيد ولا على السلطان إنظاره إلا أن يحضر شيئًا يبيعه مكانه فينظره قدر بيعه، انتهى.

....

وكذا رواه المزني في «المختصر» وجرى عليه جارون منهم البغوي في «التعليق» والجرجاني في «الشافي» وعليه ينزل إطلاق الصيدلاني وغيره، والذي في «التهذيب» من الضبط بثلاثة أيام هو المذكور في «الحاوي» و«الشامل» وفي «البيان» وغيرها وشرحوا به نص «المختصر» وهو مقتضى كلام آخرين حيث جعلوه كالمال الغائب في مسافة قريبة في وجوب الإنظار لإحضاره.

وقال الدارمي: إن ادعى مالًا حاضرًا أو جاء بعرض يبيعه انظر يومًا ونحوه، انتهى.

وعندي في ثبوت خلاف محقق للأصحاب وقفة، وإنما ذلك اختلاف عبارات لشارحي «المختصر» والله أعلم.

فَرْعٌ: قال الماوردي والرافعي وغيرهما: وإن كان له دين حال على ملي حاضر باذل وجب التأخير إلى استيفائه؛ لأنه كالعين الحاضرة أو الوديعة هكذا أطلقوه، ولم يقيدوا ذلك بمدة لكن قوة كلامهم وتوجيهه يدل على أن المراد إذا يتيسر ذلك فيما دون ثلاثة أيام، نعم؛ قد يكون الدين من غير جنس النجوم فإذا أمهل ملكًا لاستيفائه احتاج إلى زمن آخر ليبيعه فيه فيظهر أن يضبط الإمهال للأمرين بالثلاثة أيام فما دونها بحسب الحاجة، ولا بد من كون الملي مقرًّا أو عليه بينة حاضرة يمكن الأخذ بها وإلا فقد يكون جاحدًا ولا بينة أو متعذرًا لا يمكنه الاستيفاء منه بالقاضي، ولينظر فيما لو كان جاحدًا فيتمكن من رفعه إلى الحاكم هل تقول يمهله حتى يرفعه إلى حتى يرفعه الحاكم فربما يقر أو ينكل؛ فيحلف المكاتب ويأخذ فيه احتمال، وأطلق الماوردي والرافعي: إنه لو كان الدين مؤجلًا لا يلزمه إنظاره إلى حلوله، ولعل المراد ما إذا زاد الأجل على ثلاثة أيام لو كان قد يفي منه دونها، فيحتمل أن يجب إمهاله إلى حلوله كالغائب فيما دون مرحلتين، وإن كان الدين على معسر فكالعدم أو على السيد وهو من جنس النجوم وصفتها ففيه الخلاف الآتي في التقاص، وإن كان من غير جنسها أداه إليه لتصرفه إلى جنس النجوم فلو كان السيد معسرًا به

وَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا أَمْهَلَهُ إِلَى إِحْضَارِهِ إِنْ كَانَ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ، وَإِلَّا فَلَا.

فالظاهر أنه كما لو كان على أجنبي معسر، ولم أرَ فيه نصًا.

قال: (**وَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا أَمْهَلَهُ إِلَى إِحْضَارِهِ إِنْ كَانَ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ، وَإِلَّا فَلَا**) فصاعدًا لم يجب إمهاله؛ لطول المدة ولينظر فيما لو كان على مرحلتين فقال المكاتب: أنا أحضره أو أبعث من يحضره فيما دون الثلاثة أيام بإسراع السير أو دوامه ليلًا ونهارًا هل يجاب؟ الظاهر من كلامهم المنع، وفيه احتمال عند الإمكان والوثوق بقوله.

واعلم أن التفصيل المذكور في ماله الغائب هو ما أورده الماوردي وابن الصباغ والعمراني والبغوي والجرجاني وغيرهم، وأطلق الشافعي في «الأم»: أنه لو قال: لي شيء غائب لم يكن للسلطان أن ينظره إلى قدوم الغائب؛ لأنه قد ينظر فيفوت العبد بنفسه لا يؤدي إليه ماله وجرى على إطلاقه كثيرون، ومنهم: الدارمي والإمام والغزالي فقالوا: لا يجب الإمهال عند غيبة المال.

قال الرافعي: وليحمل على التفصيل المذكور.

تنبيهان:

أحدهما: قال الدارمي: لا بد من حضور المكاتب وقت التعجيز إذا كان حاضرًا وهو معنى قوله في «المختصر»: وليس للسيد أن يفسخ كتابته حتى يعجز عن أداء نجم، ويكون فسخها بحضرته إن كان ببلده، انتهى.

وقال في «الأم»: فمتى حل نجم لم يكن للسيد تعجيزه إلا بحضرته، وكان المعنى فيه أنه إذا حضر وأعلم بالحال فقد يستدين ويؤدي ما عليه أو يكون له مال كتمه أو بينة بإبراء ودفع فيكون تعجيزه مع حضوره بالبلد من غير إعلامه كالحكم على الحاضر بغير إعلامه وإحضاره.

الثاني: قال الرافعي في أول الفَصْل: وإذا حل النجم وهو عاجز عن أدائه أو أداء بعضه فللسيد فسخ بعضه الكتابة إن شاء بنفسه، وإن شاء يرفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ. وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» أنه إذا ثبت عجزه بإقراره أو بالبينة فللسيد فسخ الكتابة.

وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ، ....

قال الرافعي: ولا ينبغي أن يشترط إقراره بالعجز ولا قيام البينة عليه؛ لأنا سنذكر أنه لو امتنع عن الأداء ثبت حق الفسخ للسيد، وإذا لم يؤد فهو ممتنع وإن لم يكن عاجزًا.

قلت: وأحسب أن ما ذكره الشيخ أبو حامد لا يخالف فيه وإنه معنى قول الشافعي والأصحاب: وإذا عجزه نفسه كان للسيد أن يفسخ إلى آخره، ومقتضاه أنه لا بد من إقراره بعجزه في صورة التعجيز بالعجز أو قيام بينة به عند تعذر إقراره بخرس أو بجنون أو غيبة أو توار ليعلم عجزه المجوز لتعجيزه ولا ينافي اعتبار ذلك ما ذكره من الامتناع عند يساره، وما ذكره أبو حامد من اعتبار الإقرار يقوي ما قاله الماوردي أن الشرط أن يقول المكاتب عجزت وكذا قاله غيره، وكلام الأصحاب متفق فيما أراه، ولا شك في اعتبار الإقرار أو قيام البينة إذا فسخ بالحاكم.

وعبارة الشافعي في «الأم»: ومتى حل النجم ولم يكن للسيد تعجيزه إلا بحضرته، فإذا حضر فسأله ما حل عليه قل أو كثر، فإن قال: ليس عندي فأشهد أنه قد عجزه أو أبطل كتابته أو فسخها فقد بطلت، انتهى.

والملخص أنه لا بد في تعجيزه سيده امتنع حضوره من أحد ثلاثة أمور: إقراره بالعجز، أو قيام بينة به، أو امتناعه من الأداء.

قال: **(وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ)** أي: أو غاب بعد حلوله بغير إذن السيد.

(فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ) أي: إن شاء بنفسه وإن شاء بالحاكم، وكان من حق المكاتب أن يحضر أو يبعث المال إليه عند المحل ولا يجب على السيد تأخير لفسخ بكون الطريق مخوفًا أو المكاتب مريضًا، وفيه وجه وينسب إلى أبي إسحاق أنه لا يفسخ بنفسه عند الغيبة بل لا بد من الرفع إلى القاضي فإنه نائب الغيب هذا ما نقله الرافعي في «شرحيه» زاد في «الكبير»: وسبق ذكر هذين الوجهين فيما إذا أسر المكاتب والظاهر الأول وما نسب إلى أبي إسحاق.

....

قال ابن الرفعة: هو ما حكاه البندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين، وبه قال البغداديون من أصحابنا.

قلت: وممن اقتصر على إيراده المحاملي في «المجموع» و«المقنع» والدارمي والجرجاني والبغوي في «تعليقه» ونقل الماوردي المرجح عن البصريين.

وقال ابن الرفعة: إنه ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» و«المذهب» وفي «النهاية» وقال يعني الإمام: إن العراقيين صححوه، انتهى.

وهذا هو الحامل للرافعي مع جزم البغوي في «التهذيب» به على دعوى أنه الظاهر، وفيما نسبه الإمام إلى العراقيين نظر والموجود في كتبهم مقالة أبي إسحاق، ونقله الماوردي عن البغداديين والظاهر أنهم أوَّلوا ظاهر النص، وإذا تأملت الكتب وجدت الجمهور على قول أبي إسحاق، ولهذا نقله العمراني عن أصحابنا مطلقًا نعم إنما ذكروه فيهما إذا حل النجم وهو غائب، وأما إذا غاب بعد حلول النجم فلم أره لغير ابن الصباغ، وأنبأ كلامه بعد هذا على قول الشافعي: ولو قال: قد أنظرته وبدا لي. . . . إلى آخره، وإذا إن كان المكاتب غائبًا نظرت، فإن كان مسافرًا بغير إذن سيده كان له الفسخ، وإن كان مسافرًا بإذنه لم يكن له الفسخ، وذكر ما سيأتي من الرفع إلى الحاكم.

تنبيهات:

منها: قضية إطلاق المصنف وغيره أنه متى حل النجم وهو غائب كان الحكم ما ذكره سواء غاب بإذنه أو بدون إذنه، والمتجه أنه إذا غاب قبل حلوله بإذنه كان كما لو غاب بعد حلوله بإذنه إذا كانت المسافة بعيدة يحل النجم قبل العود منها كما لو استأذنه قبيل الحلول بيوم أو أيام وهو بالشام في السفر إلى الحجاز أو خراسان مثلًا فأذن له ثم حل النجم؛ فيتعين حمل إطلاقهم على ما إذا سافر قبل حلول النجم إلا بإذنه أو به إلى مكان قريب يؤبُّ منه في العادة قبل حلول النجم.

....

ومنها: لم يفرقوا بين فسخ السيد بنفسه أو بالحاكم بين كون غيبته في مسافة بعيدة أو قريبة ويجوز أن يكون من بالقريبة كالحاضر فلا يفسخ إلا بإعلامه أو بحضوره أو يقال إذا فسخ بالحاكم يأتي فيه ما سبق في القضاء على الغائب من اعتبار المسافة من الخلاف، وإن من على مسافة العدوى ودونها كالحاضر.

ثم رأيت ابن الرفعة قال: ولو أن السيد لم يفسخ عند غيبة المكاتب إلى مسافة القصر أو عند عجزه عن الأداء مطلقًا، ثم سافر العبد وعنَّ للسيد الفسخ، فإن كان بغير إذن السيد فله الفسخ في الحال، وإن كان عن إذنه وذكر ما سيأتي فقيد الغيبة بمسافة القصر.

ومنها: قال الرافعي: فإن فسخ بنفسه فليشهد عليه؛ لئلا يكذبه المكاتب، وإن رفع الأمر إلى الحاكم فلا بد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل ويحلفه الحاكم مع ذلك؛ لأنه قضاء على الغائب.

قال الصيدلاني: يحلفه أنه ما قبض النجم منه ولا من وكيله ولا أبرأه ولا أحال به ولا يعلم له مالًا حاضرًا.

قال الرافعي: وذكر الحوالة يتفرع على جواز الحوالة بالنجوم.

قلت: والذي قاله الشافعي في «الأم»: إنه إذا جاء السيد إلى السلطان فسأله تعجيزه لم يعجزه حتى يثبت عنده كتابة أو حلول نجم من نجومه ويحلفه ما أبرأه منه ولا قبضه منه ولا قابض له ولا أنظره به، فإذا فعل عجزه له وجعل المكاتب على حجته إن كانت له حجة، وكذا ذكره أصحابنا العراقيون.

وعبارة «الحاوي»: أحلفه أنه ما قبض مال ذلك النجم وإنه لباق عليه، انتهى وهي أخصر وأجمع.

واعلم أن ظاهر كلام البندنيجي والمحاملي والرافعي وغيرهم أن هذه اليمين واجبة؛ لأنه قضاء على غائب وهو ظاهر نص «الأم».

قال الماوردي: إن هذه اليمين استظهار عند أكثر أصحابنا ومنهم من قال: إنها واجبة في فسخ الحاكم، انتهى.

....

ويشبه أن يبنى الوجهان فيها على أن له الاستقلال أم لا إن قلنا: له كانت مندوبة وإلا واجبة.

ومنها: قال الرافعي: ولو أنظره بعد حلول النجم وأذن له في السفر، ثم بدا له في الإنظار لم يكن له الفسخ في الحال؛ لأن المكاتب غير مقصر هاهنا، وربما كسبت في السفر ما يفي بالواجب، ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم ويقيم البينة على الحلول والغيبة، ويحلف ويذكر مع ذلك أنه رجع عن الأنظار فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب ليعرفه بالحال، فإذا ظهر العجز كتب به إلى حاكم بلد السيد لفسخ إن شاء، وإن قال: أؤدي الواجب فإن كان للسيد وكيل هناك أمر بالتسليم، فإن أبى ثبت حق الفسخ للسيد وللوكيل أيضًا إن كان وكيلًا به.

وحكى القاضي ابن كج قولًا آخر: أنه لا يثبت حق الفسخ بالامتناع من التسليم إلى الوكيل لاحتمال العزل، وإن لم يكن هناك وكيل أمره الحاكم بإيصاله إليه إما بنفسه أو بغيره ويلزمه ذلك في أول رفقة يخرج منها الحال إن كان لا يحتاج إلى رفقة في تلك الطريق، وعلى السيد الصبر إلى أن يمضي مدة إمكان الوصول، فإن مضت المدة ولم يوصله كان مقصرًا وللسيد الفسخ، ويخرج مما ذكرنا أنه لا يعتبر مدة إمكان السير إلى السيد إذا كان له وكيل هناك وإنه يعتبر مضيها إن لم يكن له وكيل وكذا نقله الربيع، وعن رواية المزني: إنه لا يفسخ حتى يمضي مدة إمكان السير سواء كان هناك وكيل أو لم يكن، وعد ذلك سهوًا منه، انتهى.

وكذا قال جماعة: إن الأصحاب غلطوا المزني، وقال الدارمي: فإن كان للسيد وكيل ببلد المكاتب قال له الحاكم: إن أديت إلى وكيله وإلا عجزتك نصًا، ونقل المزني ما ظاهره أنه ينظر قدر المسير إلى السيد، قال ابن القطان: قيل قولان، وقيل: يرفع إذا كان ثابت الوكالة، وقيل: يدفع إذا كان الوكيل حاضرًا، قال ابن المرزبان: اختصر المزني، انتهى.

وطريقه القولين هي ما أشار إليها الرافعي عن رواية ابن كج، وقدمنا

....

الإشارة أن في مسافة قريبة كالحاضر زاد ابن الرفعة قيد بمسافة القصر، وقد يرشد إليه قول الرافعي؛ لأنه قضاء على غائب، ولفظ الدارمي فيما إذا لم يكن للسيد وكيل هناك فينظره قدر السير ويجعل له أجلًا إن أدى إليه وإلا عجزه وهو من قول الإمام، فإن لم يكن له وكيل أنظره قدر مسيره إلى سيده وضرب أجلًا فإن جاء إلى ذلك الأجل وإلا عجزه حاكم بلده، انتهى.

وهو مثل على منزل على ما سبق لا أنه يضرب له أجلًا زائدًا على مقدار السير المعتاد، ويختلف ذلك باختلاف الأوقات والسهولة وضدها، وفي معنى الوكيل هناك إذن السيد للحاكم في قبض النجم كذا قاله البغوي.

وقال الماوردي: إذا لم يكن للسيد وكيل هناك أنظر المكاتب مسافة المسير إلى سيده على حسب المكنة، فإن تأخر عنها فسخ السيد حينئذ الكتابة أو ناب الحاكم عنه في الفسخ إذا فوضه إليه، فلو سأل السيد حاكم البلد الذي فيه المكاتب أن يقبض منه حال كتابته لم يلزمه القبض وكان فيه بالخيار؛ لأن الذي يختص بالحاكم بالتزامه هو الحكم دون القبض إلا أن يكون المال لمولى عليه فيلزمه النيابة عنه في قبضه لثبوت ولايته عليه وعلى ماله، انتهى.

وثبوت ولايته على محجور ليس في عمله بعيد بخلاف ماله، قال الدارمي: وإن لم يكن ببلد المكاتب حاكم كوتب بما يجب فإن فعله وإلا عجز.

وقال الرافعي: قال ابن كج: إن لم يكن في بلد السيد حاكم فكتب السيد إلى العبد وأعلمه الحال وأمره بالتسليم إلى رجل عينه فامتنع، فعندي أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع العلم به، وذكر أبو الحسين فيه وجهين، وحكى وجهين فيما لو سلم المكاتب إلى وكيل السيد، وقال: إن السيد عزله هل يبرأ المكاتب؟ وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم: إن فلانًا وكيله ولم يأمره بالتسليم إليه، [فإن أمره بالتسليم إليه] فيبرأ بلا خلاف، انتهى.

ويشبه أن يجيء في الاكتفاء بمكاتبة العبد نفسه مع وجود الحاكم ما قدمناه عن الأصحاب في النفقات أو غيره في مكاتبة القاضي والزوجة أو وليها إلى

فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي الْأَدَاءُ مِنْهُ. وَلَا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتَبِ،

الزوج والغائب فراجعه ويوافقه قول صاحب «الترغيب» هنا ولا يبادر بالفسخ حتى يعرفه بالرجوع، انتهى.

قال: (**فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي الْأَدَاءُ مِنْهُ**) أي: بل يمكن السيد من الفسخ؛ لأنه ربما عجز نفسه لو كان حاضرًا ولم يؤد المال هذا ما أورده كثيرون أو الأكثرون.

وقال الدارمي: فإن كان غائبًا لم يجز تعجيزه إلا بالحاكم إلى أن قال فإن وجد الحاكم للمكاتب مالًا أدى وإلا عجزه وجعله على حجته، فإن قدم فأقام بينة بأداء أو إبراء عتق، وإن كان مال.

قال ابن المرزبان: صح التعجيز.

قال الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: وعندي يؤدى هذا ما رأيته في نسختي كتابه، ويحتمل أن يقال: إن ظهر لحاكم أنه لو كان حاضرًا لأدى لما علم من حرصه على العتق أدى من ماله الحاضر وإلا فلا، ويحتمل أن يقال: إن كان غير النجم الأخير والمال حاضر له بصفة دين الكتابة أدى القاضي منه؛ لأنه إن اختار البقاء على الكتابة فقد حصل غرضه، وإن اختار العجز فقد أخذ السيد ما في نفسه فتأمله.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتَبِ**) أي: على المنصوص في «الأم» و«المختصر» والمعروف للأصحاب؛ لأن الكتابة لازمة من أحد الطرفين فأشبهت الرهن، وإنما ينفسخ بالجنون العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة، قال الرافعي: وفي خلال كلام الإمام إثبات قول أو وجه أنها تنفسخ بجنونه، انتهى وهو غريب.

وهذا في الكتابة الصحيحة أما الفاسدة فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما؟ فيه أوجه: **أحدها**: نعم؛ لجوازها من الطرفين، والثاني: لا، ويحكى عن الشيخ أبي حامد وصححه الإمام.

قال الرافعي: **وأصحهما**: عند الأكثرين، وهو ظاهر النص أنها تبطل بجنون السيد وإغمائه، وقد ذكر المصنف المسألة من بعد.

وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا ....

قال: **(وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا)** لأن المجنون ليس من أهل النظر لنفسه فناب الحاكم عنه في ذلك، وفرق بينه وبين الغائب بأن الغائب من أهل النظر لنفسه ولو حضر فربما امتنع وعجز نفسه، وربما فسخ الكتابة في غيبته يخالف المجنون إذا علمت هذا فقد.

قال الرافعي: وإذا جن العبد فأدى في جنونه أو أخذ السيد من غير أداء منه يعتق، ووجه ذلك بأن قبض النجوم مستحق ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب وقع موقعه، فإذا كان الأمر بهذه المثابة؛ فبالأخذ تبرأ ذمته، وإذا برئ عتق هذا هو المشهور والمذكور في الكتاب يعني في «الوجيز».

وقال الإمام: إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادق فله ذلك، وإن أمكنه مراجعة من ينصبه القاضي ناظرًا للمكاتب ولا وجه لاستبداده بالقبض عندنا، ولو استبد لم يصح، وإذا لم يصح فلو أقبض المجنون لم يكن لإقباضه حكم، انتهى.

وتبع الغزالي إمامه في «البسيط» فقال بعد تفصيله الآتي: وليس للسيد أن يستقل بالأخذ فربما لا يرضى العبد أو أفاق، وظاهر كلام الأصحاب أنه يستقل بالأخذ، وهو الأوجه؛ لأن السيد يقدر على إعتاقه مهما أراد، انتهى.

وأقام الرافعي في «شرحه الصغير» ما ذكره الإمام وجهًا فجزم بالمشهور، ثم قال: وقيل: إن أمكن مراجعة من ينصبه القاضي ناظرًا للمكاتب لم يستبد السيد بالأخذ، انتهى.

والمتبادر من قول «المنهاج» و«المحرر» ويؤدي القاضي أنه لا طريق للأداء والعتق إلا أداء القاضي أو منصوبه.

قال الرافعي: ثم عامة الأصحاب أطلقوا القول بأن الحاكم يؤدي عنه، وذكر الغزالي في «الوجيز» و«الوسيط».

قلت: والبسيط أنه يؤديه إن رأى المصلحة له في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق فلا يؤديه، وهذا جيد، ولكنه قليل النفع مع قولنا: إن السيد إذا وجد له

....

ما لا يستقل بأخذه إلا أن يقال للحاكم منعه من الأخذ والحالة هذه، انتهى.

وإذا لم يجد الحاكم له مالًا، ورام السيد الفسخ بعد ثبوت الكتابة وحلول النجم وتحليف الحاكم له على بقاء الاستحقاق مكن من الفسخ حينئذ، فإذا فسخ عاد فناله وعليه نفقته، قال الرافعي: ثم لو ظهر له مال أو أفاق فأتى بمالٍ كان قد حصل له قبل الفسخ دفع إلى السيد وحكم بعتقه ونقض التعجيز هكذا أطلقوه، وأحسن الإمام فقال: إن ظهر المال في يد السيد رد التعجيز وإلا فهو نافذ؛ لأنه فسخ حين يقدر عليه الوصول إلى حقه فأشبه ما لو كان ماله غائبًا فحضر بعد الفسخ.

قلت: وتابعه الغزالي، وفيه نظر هو مخالفته لظاهر نصوص الشافعي والأصحاب، والفرق بين حضور المال الغائب ووجود المال بالبلد أنه لا تقصير من الحاكم عند غيبة المال بخلاف ما إذا وجد بالبلد ولا سيما في منزل المكاتب وحانوته ونحوهما، وقد قال في «الشامل» وغيره: إنه إذا وجد الحاكم بعد التعجيز له مالًا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد؛ لأنه بان الناظر بخلاف ما حكم به كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد، انتهى.

نعم لو أفاق ثم ادعى أنه كان له مال عبيد [ثم] خفي علينا حاله، التعجيز لم يقبل ذلك منه إلا ببينة كما صرح به الدارمي والماوردي وغيرهما، ولو قامت بينة به حال جنونه نقضنا التعجيز، وينبغي أن تقبل شهادة الحسبة في ذلك [في] دوام جنونه إذا كان يعتق به، ولو قال الحاكم: كنت أعلم بالمال، ولكن نسيت فعجزته ثم تذكرته، هل تقبل منه أو لا أو ينبني على القضاء بالعلم؟ لم أرَ فيه شيئًا، وهاك نص الشافعي في «الأم» في المسألة من رأس ففيه فوائد.

قال الشافعي: فلو كاتب العبد بالغًا صحيحًا، ثم غلب على عقله لم يكن للسيد أن يعجزه حتى يحل نجم من نجومه، فإذا حل لم يكن له تعجيزه؛ لأنه لا يعرب عن نفسه بحال حتى يأتي الحاكم، ولا ينبغي للحاكم أن يعجزه حتى يسأل عن ماله، فإن لم يجد له ما يؤدي عنه الكتابة أو النجم الذي حل عليه منها عجزه، فإن عجزه ثم أفاق فدل على مال له أو دل عليه الحاكم قبل إفاقته أبطل

....

التعجيز عنه وجعله مكاتبًا بحاله إذا كان المال له قبل التعجيز عنه، وجعله مكاتبًا بحاله إذا كان المال له قبل التعجيز وادعى ذلك المكاتب، فإن كان مالًا أفاده بعد التعجيز جعله لسيده ولم يرد التعجيز، ولو وجد الحاكم له في ذهاب عقله ما يؤدي عن كتابته فأداه عتق، وإن لم يجد له مالًا ولم يجد له نفقة ولا أحدًا يتطوع بأن ينفق عليه عجزه وألزم السيد نفقته ولا يلزم السيد نفقته بحال حتى يقضي عليه بالعجز، إذا وجد له مالًا كان قبل التعجيز فك التعجيز عنه ويرد على السيد نفقته في ذلك المال مع كتابته، قال: ويبين ما وصفت في كتاب تعجيزه إياه هذا نصه ﵁ ثم قال: ولو غلب على عقله فأدى عنه السلطان كان على الكتابة؛ لأنه يؤدي عنه من حقه وإن أدى عنه رجل متطوعًا فعلى الحاكم قبول ذلك للمكاتب حتى يصير ذلك للمكاتب حتى يصير مالًا له ثم يعطيه سيده وليس على السيد قبوله إلا أن يقول المتطوع عنه قد ملكته إياه فيلزم السيد قبوله عنه؛ لأن المكاتب لا يعرب عن نفسه، فإن أبى السيد أن يقبله عنه وخفي ذلك على القاضي فعجزه ثم علمه؛ رد تعجيزه وأخذه بما تطوع به عليه، إن أعطاه المتطوع فإن لم يعطه لم يجبره الحاكم عليه، انتهى.

وأطلق الرافعي: إنه لو تطوع رجل وأدى مال الكتابة عن المكاتب فهل يجبر السيد على القبول أو يمكن من الفسخ؟

قال القاضي ابن كج: فيه وجهان، والذي أورده الإمام منهما أنه لا يجبر، وإذا قيل: هل يقع عن المكاتب إذا كان يعني إذنه؟ فيه وجهان القياس الوقوع، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي مفصلًا عمّا سبق عنه وإذا حكمنا ببطلان التعجيز، وكان السيد جاهلًا بحال المال فعلى المكاتب رد ما أنفق عليه السيد عليه؛ لأنه لم يتبرع وإنما أنفق على أنه عبده، وقيد الدارمي وغيره الرجوع بما أنفقه بما إذا كان إنفاقه بأمر الحاكم، وعبارة الماوردي: وحكم القاضي للسّيّد [بالرجوع] بنفقته؛ لأنه أنفق بحكمه، انتهى، وهذا التفصيل متعين وربما سبق كلام فيما لو أنفق على البائن المظنون حملها ثم بان خلافه فراجعه.

وَلَا بِالْحَجَرِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ، ....

فَرْعٌ: قال الماوردي وابن كج وغيرهما: لو أقام المكاتب بعد إفاقة بينة بأنه كان قد أدى النجوم حكم بعتقه ولا رجوع للسيد عليه بما أنفق؛ لأنه ليس وأنفق على علم الحرية فحصل شرعًا، قال ابن كج: فلو قال: نسيت الأداء فهل يقبل ليرجع فيما أنفق؟ وجهان أرسلهما بلا ترجيح وتبعه الرافعي، والأقرب المنع إن قرب زمان الأداء، أو بعد في شأنه النسيان [أما لو طال الزمان] فهذا يحتمل، والظاهر أنه لو قال: أدى إلي وكيلي وأنا غائب ولم أعلم أو إلى وليي حال جنوني، وعرف ذلك أنه يصدق بيمينه ويرجع [بما أنفق] إن كان أنفق بإلزام القاضي، وإلا فلا.

فَرْعٌ: في «كافي» الروياني: أما إذا أمهلنا المكاتب ثلاثة أيام؛ ليأتي بالبينة على الأداء فأحضر شاهدًا بعد الثلاثة واستنظر ليأتي بشاهد أمهل ثلاثًا أخرى وأقره الرافعي، وربما سبق كلام في انتظار مدعي الدفع وغيره من المديونين ثلاثًا أخرى لذلك؛ لأنه متمكن من اليمين مع الشاهد المحضر، فلا حاجة به إلى التأخير.

فائدة: قضية كلامهم أن القاضي إذا فحص عند جنون المكاتب فلم يجد له مالًا أنه يمكن السيد من الفسخ في الحال؛ إذ لا غاية للإفاقة تنتظر، فلو فسخ ثم أفاق بعد ساعة مثلًا ففي النفس منه شيء بخلاف ما إذا أطبق أن المفيق عن قرب ينزل منزلة من ظن أنه بمسافة بعيدة فبان بقرينة أو حاضرًا؛ لأن من أفاق عن قرب بان أنه كالنائم استيقظ أو كالسكران إن صحي من سكره، ولو أغمى على المكاتب ولم نجد له مالًا، فهل يمكن السيد من الفسخ في الحال أو ينتظر إفاقته؛ لأن الغالب أنه يفيق عن قرب؟ لم أرَ فيه شيئًا وهو محتمل، فإن قلنا: تنتظر إفاقته فهل تكون غاية الانتظار ثلاثة أيام؟ الأشبه نعم لو تغيب المكاتب بالبلد عند حلول النجم وتوارى أو تعزز هل يمكن السيد من الفسخ في الحال أو ينادى عليه كما سبق في الديون، فإن لم يظهر فسخ لم أرَ فيه شيئًا.

قال: **(وَلَا بِالحَجَرِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ)** لأنها لازمة من جهته فأثبت الرهن،

وَيَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّهِ، وَلَا يَعْتِقُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ.

فَصْلٌ: وَلَوْ قَتَلَ سَيِّدَهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ، فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ، ....

وإنما تنفسخ بالجنون العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة.

قال: **(وَيَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّهِ، وَلَا يَعْتِقُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ)** أي: بل بالدفع إلى قيمه وهذا الحاكم أو منصوبه إلا الأب والجد على الأصح كما بين في باب الحجر، وإنما لا يعتق بالدفع إليه؛ لأن قبضه فاسد، ولو تلف المقبوض في يده فلا ضمان لتقصيره بالرفع إليه ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه في الكتابة، قال الرافعي: فللقيم تعجيزه.

قلت: ينبغي له أن يراجع القاضي في ذلك ليجتهد فيه، فقد تظهر مصلحة السيد في إبقائه مكاتبًا ولو حجر على السيد بالسفه فهو كالجنون، ولو حجر عليه بالفلس لم يحضرني فيه نقل فتأمله.

فَصْلٌ: قال: (وَلو قَتَلَ سَيِّدَهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ) لئلا يعود إلى ذلك عليه أو على غيره.

قال: **(فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ)** أي: الواجب بما في يده قبل الجناية وبعدها ما دامت الكتابة؛ لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي فكذلك في الجناية.

واعلم أن قول «المحرر» فإن عفا على الدية أو كان القتل خطأ أخذ الدية مما في يده ومتابعة «المنهاج» له عليه، وظاهره يقتضي أنه يجب تمام الدية وتمام الأرش في الجناية على عضو السيد بالغًا ما بلغ سواء كان ذلك مثل قيمة العبد أو أكثر و«المحرر» متابع «للتهذيب» في ذلك بعبارته كعاداته، وقالا هنا في «الشرحين» و«الروضة» تبعًا للإمام وغيره: وهل يلزمه الأرش إذا ما بلغ أو أقل الأمرين؟ فيه القولان في الجناية على الأجنبي.

وقد أجاب المصنف في الجناية على الأجنبي أن الواجب أقل الأمرين كما هو المذهب والجديد، والظاهر أن طريقة البغوي مخالفة لطريقة الإمام

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَهُ تَعْجِيزُهُ فِي الْأَصَحِّ، ....

وغيره بل الجمهور في التسوية بين الجناية على السيد وعلى الأجنبي كما سنذكره إن شاء الله، ويؤكد إيراده «المنهاج» وأصله الفرق بينهما قوله متصلًا بذلك، ولو قتل أجنبيًا أو قطعه فعفا على مال أو كان خطأ أخذ مما معه ومما سيكسبه الأقل من قيمته والأرش فافهما الفرق بينهما ولن يقولا في الجناية على السيد ومما سيكسبه ولا فرق بينهما.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ)** أي: في يد المكاتب مال ولا يفي الواجب عليه في جنايته.

قال: **(فَلَهُ تَعْجِيزُهُ فِي الْأَصَحِّ)** أي: المنصوص في «الأم» و«المختصر» وجرى عليه العراقيون؛ لأنه يستفيد به رده إلى الرق المحض.

والثاني: لا، لأنه لا فائدة له فيه؛ لأنه إذا عجزه سقط الأرش أو لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإن الأرش يتعلق برقبته قاله القفال وبعض المراوزة وبه جزم الفوراني في كتابيه.

وقال القاضي الحسين: إنه المذهب مع نقله الأول عن العراقيين، وإن نص الشافعي يدل عليه، ثم إذا عجز بسبب الأرش أو النجوم فهل يسقط الأرش أو يكون دينًا في ذمته إلى أن يعتق؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول.

قال في «التهذيب»: وهما مبنيان على ما لو كان له دين في ذمة عبد الغير فملكه هل يسقط؟ فيه وجهان.

وقال في «تعليقه» وإن لم يكن في يده مال فهل يجوز للوارث تعجيزه مبني على أن الدية سبب للوارث ابتداء أم للمورث ثم تنتقل إلى الوارث، وفيه قولان، إن قلنا بالأول: فهل له تعجيزه؟

فيه وجهان:

أصحهما: نعم.

وإن قلنا بالثاني: فله تعجيزه، انتهى.

أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَاقْتِصَاصُهُ وَالدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: أنه إذا عفا الوارث على مال أو كان خطأ إن كان في يده مال أخذ المال، وإن لم يكن.

قال الشافعي في الكتاب يعني «مختصر» المزني: وإن لم يؤد فلهم تعجيزه ولا دين لهم على عبدهم، فهذا النص يدل على أن لهم تعجيزه، فإن قلنا: تثبت الدية للوارث فحكمه حكم الجناية على طرق السيد، وإن قلنا: يثبت للمورث ثم ينتقل إلى الوارث فهل للوارث أن يعجزه؟

فيه وجهان:

أصحهما: نعم، انتهى والتفاوت بين منقول «التعليقين» ظاهر.

قال: **(أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ)** أي: طرف سيده.

(فَاقْتِصَاصُهُ وَالدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ) أي: في قتله لسيده، هكذا قاله الرافعي وغيره، ونحوه قول إبراهيم المروزي: فإن عفا السيد على مال أو كانت خطأ ولم يكن في يده مال فعلى طريقة المراوزة ليس له تعجيزه؛ لأنه لا فائدة له فيه؛ لأنه لا تباع رقبته في دينه، وعلى طريقة العراقيين له تعجيزه وفائدته أن يعود قنًا للسيد، انتهى وطريقة العراقيين هي المذهب المنصوص في الصورتين.

فروع: قال الرافعي: لو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته أو أبرأه عن النجوم ولا مال بيده سقط الأرش؛ لأنه زال الملك عن الرقبة التي كانت يتعلق الأرش باختيارها ولا مال له غيرها.

قال الإمام: وفيه احتمال أخذًا من استقلال المكاتب وثبوت حقوق السيد في ذمته، وإن كان في يده مال ففي تعلق الأرش بما في يده وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الأرش كان متعلقًا بالرقبة وقد تلفت.

وأظهرهما: التعليق والتوجيه المذكور ممنوع بل الأرش متعلق بالرقبة وبما في يده.

وذكر في «التهذيب» أنه يطالب بالأرش من غير تفصيل، وفرق بين أن يكون

....

في يده شيء أو لا يكون ويقرب منه قوله في الكتاب يعني «الوجيز» فالصحيح أنه يطالبه بالأرش بعد العتق ولا ثبت ما قدمناه، انتهى لفظه.

وعبارة «التهذيب»: أما إذا لم يعجز حتى عتق تبعه بالأرش قولًا واحدًا، وسياقه مصرح بأن المراد ما إذا عتق وفي يده مال فيكون ناقلًا لطريقة قاطعة بالوجه الأظهر، وهي ما أورده الفوراني في «العمد» و«الإبانة» حيث قال فيهما: وإن لم يعجزه بالنجوم حتى عتق كان له أن يبيعه بالأرش وجهًا واحدًا، وللسيد أن يتبعه بجميع الأرش؛ لأنه وجب في ذمته دون ديته، فأشبه مال المداينة، انتهى.

ومقتضى كلام الرافعي أن أرش الجناية على السيد يتعلق برقبة العبد على الوجهين، ولكن هل يتمحض التعلق بالرقبة أو لا فاعلم.

وقال الماوردي مفرعًا على الوجه الأصح: فعلى هذا لا يبرأ من الأرش بالعتق، ويستوفي مما في يده من المال، فإن عجز المال عنه نظر إن علم السيد بعجز المال برئ المكاتب من الباقي، فإن لم يعلم السيد بعجز المال لم يبرأ المكاتب من الباقي وكان مأخوذًا به بعد الحرية، والله أعلم.

قال الرافعي متصلًا بقوله: وإلا ثبت ما قدمناه، ولو أدى النجوم فعتق فالأجوبة متفقة على أن الواجب لا يسقط كما لا يسقط فيما إذا جنى على أجنبي وأدى النجوم وعتق، ثم ظاهر ما أورده في هذا الموضع أنه يجب الأرش بالغًا ما بلغ.

وقد نص عليه الشافعي ﷺ فذكر فيما لو قطع المكاتب يد سيده قطعًا يوجب المال أو عاد بالعفو إلى المال، وقلنا: لا بد من الصبر إلى الاندمال فاندمل بعدما أدى المال وعتق أن عليه الأرش للسيد بتمامه وهو بضد الدية، وفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا جنى على أجنبي ثم أدى النجوم وعتق حيث ذكرنا خلافًا فيما يجب عليه؛ فإن الواجب في الجناية على السيد لا يتعلق برقبة المكاتب، وإنما هو في ذمته فيجب بكماله كما لو جنى حرٌّ على حرٍّ، وأرش

....

الجناية على الأجنبي يتعلق بالرقبة فجاز ألا يزاد عليها، ومنهم من طرد القول الآخر وهو وجوب أقل الأمرين، وقال: العتق لا يغير ما تقدم وجوبه، انتهى لفظه فانظر قوله هنا في الفرق.

فإن الواجب في الجناية على السيد لا يتعلق برقبة المكاتب، وإنما هو في ذمته وكلامه في الفرع قبله يقتضي تعليقه برقبته على الوجهين.

وهذا الفرق لخصه من «المهذب» وعبارة «التهذيب» بعد كلامه على جناية المكاتب على الأجنبي والخلاف فيما يجب عليه، وهذا بخلاف ما لو جنى المكاتب على سيده، ثم أدى فعتق أو أبرأه السيد أو أعتقه يجب أرش الجناية بالغًا ما بلغ على المكاتب، فإن كان قد قطع يده عليه نصف الدية قولًا واحدًا؛ لأن المكاتب إذا جنى على سيده لم يتعلق الأرش برقبته، بل بذمته بدليل أنه لا تباع رقبته منه فلما تعلق بذمته وجب كمال الأرش كما لو جنى حرٌّ على حرٍّ، وأما أرش جنايته على الأجنبي يتعلق برقبته وحمل على أنه تباع رقبته فلم يجب أكثر من قيمة الرقبة، انتهى.

وذكر مثله في «تعليقه» ملخصًا وعبارة الإمام هنا في حكاية القولين السابقين: وإذا جنى على سيده أو أجنبي فبكم يطالب إذا كان أرش الجناية أكثر من قيمته؟ فعلى قولين ذكرهما صاحب «التقريب».

أحدهما: يطالب بتمام الأرش؛ فإنه فيما يطالب به ما دامت الكتابة كالحر، والأرش لا يتعلق برقبته ما استمرت الكتابة.

والقول الثاني: أنه لا يطالب إلا بمقدار قيمة رقبته إذا زاد الأرش عليها لا بملك تعجز نفسه، وإذا فعل فلا يرجع إلا إلى رقبته، انتهى.

وعبارة الدارمي في باب جناية المكاتب على سيده: وإن قتل سيده فللورثة الخيار فإن اقتصوا فلهم، وإن طلبوا الدية أو كان خطأ، فلهم كما مضى، وللسيد ولهم بعد قتله العفو على غير شيء، وفي الأرش قولين:

أحدهما: الأقل من الأرش والقيمة.

وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَانَ خَطأً أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْأَرْشِ.

والثاني: الأرش بالغًا ما بلغ، انتهى.

وقال في الباب بعده: ولو جنى على سيده فبرأ فأدى فعتق كان له أخذه بالأرش، والأرش قبل أرش الجناية ما بلغ إذا اندمل بعد العتق، وإن كان قبله فالأقل من قيمته والأرش، وقيل: إن كان الاندمال بعد العتق.

فإن قلنا: يجب الأرش بالجناية فالأقل أو بالاندمال والأرش، وقيل: الأقل في جميع الأمرين، انتهى.

وبالجملة إن كان ما أفهمه كلام البغوي في أول المسألة في جناية المكاتب على طرف سيده أو نفسه وتبعه عليه «المحرر» على ظاهره من أنه يلزمه مع بقاء الكتابة تمام الدية وتمام أرش العضو، فهو طريقة تبع فيها الفوراني.

وظاهر كلام الجمهور أنه في ذلك كالأجنبي المجني عليه فيكون فيما يلزمه القولان مطلقًا، وأحسب ما ذكره الفوراني وتبعه عليه البغوي في الفرق السابق من تفاريع طريقة القفال أنه ليس للسيد تعجيزه لأجل الأرش بخلاف الأجنبي، وعلى كل حال ففي كلام الرافعي اضطراب، والله الموفق للصواب برحمته.

جناية المكاتب على ابن سيده ونحوه كجنايته على أجنبي، وجنايته على نفسه تثبت القصاص للسيد الوارث، فإن عفا أو كانت خطأ فهو كالأجنبي على السيد، ويجيء ما ذكره البغوي وغيره في البناء على أن الدية لمن تجب ابتداء.

قال: (**وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَى مَالٍ، أَوْ كَانَ خَطأً أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْأَرْشِ**) إذا جنى المكاتب على أجنبي بما يوجب قصاصًا في نفس أو طرف فلمستحقه استيفاؤه إجماعًا، فإن عفا على مال الدية أو غيرها، أو كانت الجناية موجبة للمال وبيده مال، فإن كان

....

الواجب مثل قيمته أو أقل طولب به مما في يده، وإن كان أكثر فقولان:

أحدهما: أنه يطالب بتمام الأرش؛ لأنه كالحر في المطالبة ما دامت الكتابة باقية.

وأظهرهما: أنه لا يطالب إلا بقدر قيمته؛ لأنه يملك تعجيز نفسه، وإذا عجز بها فلا يبقى للأرش متعلق سوى رقبته وهذا ما جعله البغوي في «تعليقه الجديد» والأول القديم.

قال الرافعي: ويعبر عن الغرض على القول الأظهر بأنه يطالب بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية، ويعبر عن القولين أيضًا بأن يقال للمكاتب أن يفدي نفسك في الجناية وبكم يفديها؟ فقولان:

أحدهما: بأقل الأمرين.

والثاني: الأرش بالغًا ما بلغ؛ لأنه لو عجز نفسه ربما اشترى ذلك القدر، فإن قلنا: يفدي نفسه بأقل الأمرين فله ذلك، فإن لم يرض السيد - وإن قلنا بالأرش وزاد الأرش على القيمة- لم يستقل به، فإن أذن السيد فعلى القولين في تبرعاته بإذنه.

قال: قال شارح: المراد بالمال في كلام المصنف الدية كما صرح به «المحرر»، انتهى.

وهذا عجيب، بل قول «المنهاج» المال أجود وأعم و«المحرر» تبع في هذه العبارة «التهذيب» فإنه قال هنا: فإن عفا على الدية أو كانت الجناية خطأ تؤخذ الدية مما في يده ومن كسبه، ويؤخذ أقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية، انتهى.

ومن هنا يؤخذ أن ما قدمناه في الكلام على جنايته على سيده ليس على ظاهره [وقد خبطنا فيه من قبل خبط عشواء.

قال من ذكرنا ولم يذكرها هناك لفظة وما سيكسبه ولا فرق بينهما، وهذا ظاهر] قال: ولتحرر إلى متى يعتبر ما يكسبه، وهذا عجيب وواضح أنه ما

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ الْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ الْقَاضِي وَبِيعَ بِقَدْرِ الْأَرْشِ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ بَقِيَتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ.

بقيت كتابته إذا لم يحصل إبراء، وهو في «الدقائق» وقول «المنهاج» الأقل من قيمته والأرش هو الصواب.

ووقع في «المحرر» أو الأرش والصواب حذف هذه الألف، وقد نبه على ذلك الرافعي في «شرحه».

قال المصنف في «الدقائق»: ولم يستعملها في «المحرر» إلا في هذا الموضع بخلاف غيره من المصنفين؛ فإنهم يستعملونها وهو رديء، انتهى.

ووقع بهذا الاستعمال في «الأم» و«المختصر» كما رأيته فيهما ما جزم به من أقل الأمرين طريقة جزم بها جماعة فقالوا: فدى نفسه بأقل الأمرين قولًا واحدًا.

وفرقوا بين هذه وجنايته على سيده على القول الآخر بأن حق السيد معلق بذمته دون رقبته؛ لأنها ملكه وإذا كانت في ذمته وجب وفاء جميع الأرش مما في يده، كذا في المعاملة بخلاف جنايته على الأجنبي.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ الْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ الْقَاضِي**) أي: إلا أن يفديه السيد كما سيأتي.

(**وَبِيعَ بِقَدْرِ الْأَرْشِ**) أي: فقط إن زادت قيمته عليه؛ لأنه القدر المحتاج إليه في الفداء.

(**فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ؛ بَقِيَتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ**) أي: في ذلك القدر الباقي منه.

[إشارات:](١)

إحداها: كلامه يفهم أنه لا يتولى هنا تعجيزه إلا القاضي وإنه لا بد أن يعجزه أولًا ثم يباع منه بقدر الأرش إذا لم يستغرق قيمته.

قال ابن الرفعة: وكلام «التنبيه» يفهم أنه لا حاجة إلى التعجيز، بل يتبين

---

(١) في نسخة: (قال).

....

بالبيع اتضاح الكتابة قبله كما نقول في بيع الرهن في أرش الجناية لا يحتاج إلى فك الرهن.

وقال القاضي الحسين: للسيد أن يعجزه ويباع في الجناية أو يفديه، وهذا لا ينافي ما ذكرنا، انتهى.

وليس كلام القاضي الحسين مخالفًا لقول من قال: عجزه القاضي، كما سأوضحه إن شاء الله تعالى.

الثانية: إذا علم أن قيمة بعضه تفي الأرش فلم لا يقال: يعجز منه ما يفي به فقط ويبقى الباقي مكاتبًا، ويجوز ذلك للضرورة، وإن كان لا يجوز فللسيد أن يعجزه وتبقى مكاتبته مثلًا، وظاهر كلامهم أنه يعجزه كله.

وإذا كان كذلك فقد صار جميعه قنًا وانفسخ عند الكتابة فكيف يبقى الباقي بعد بيع بعضه مكاتبًا وقد زال العقد الأول؟ هذا موضع تأمل.

اللهم إلا أن يقال نكتب بالأخرى أن الفسخ لم يصادف إلا القدر المبيع منه فقط، ثم رأيت في كلام الرافعي فيما لو اجتمع عليه أروش جنايات فعجزه الحاكم أن السيد لو اختار فداءه بعد التعجيز لم يبع، فإن أراد بذلك أنه لا يبقى مكاتبًا كما كان فيكون تعجيز القاضي موقوفًا.

وإن أراد أنه يكون قنًا له فواضح، ولعله المراد، وبعيد أن السيد لو عجزه ليبيعه في الجناية، ثم عنَّ له أن يفتديه إن [أراد] الكتابة تبقى بحالها من غير تجديد عقد لها وتعجيز القاضي أولى بعوده قنًا، هذا ما مر ببالي، والعلم عند الله تعالى.

الثالثة: لو كان ثمن بعضه يفي بالأرش، ولكن لم نجد من يشتري البعض وأبى السيد الفداء، فالظاهر أنا نبيع جميعه للضرورة ولذلك نظائر، ثم ما فضل عن الأرش يأخذه.

وقد قال في «الشامل» فيما إذا اجتمع عليه جنايات: فإن عجز ماله عن أرشها ومال الكتابة كان للسيد أن يفسخ الكتابة ويبيعه في الجناية، فإن فضل

وَلِلسَّيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِبْقَاؤُهُ مُكَاتَبًا، ....

من قيمته شيء كان له، انتهى.

[فَرْعٌ:][1] إذا بعنا بعضه وعتق باقيه بالأداء، فهل يسري على سيده إذا كان موسرًا؟ فيه وجهان وفي «البحر» أنه لا يسري قولًا واحدًا، ذكره ابن الرفعة.

قال: (**وَلِلسَّيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِبْقَاؤُهُ مُكَاتَبًا**) لما فيه من الجمع بين حقوق الثلاثة، وعلى مستحق الأرش قبوله.

قال الرافعي: هذا هو الظاهر، وفيه شيء سبق، ثم الفداء يكون بأقل الأمرين في الجديد وبالأرش في القديم إلا أن يسلمه للبيع، وله الرجوع عن اختيار الفداء وتسليمه للبيع إلا إذا مات بعد اختيار الفداء أو باعه بإذن المجني عليه، وبشرط الفداء فيلزمه الفداء.

قال الروياني: وإنما شرط إذن المجني عليه في البيع؛ لأن قوله: اخترت الفداء، لا يسقط حق المجني عليه من رقه العبد ما لم يرد المال.

فائدة وعدنا بها: رأيت من يفهم من قول «المنهاج» وغيره: عجزه القاضي، أن ذلك هو الطريق وأنه لا يتولاه غيره.

وأن قول القاضي الحسين: للسيد أن يعجزه، وجه ضعيف وليس كذلك، بل من قال: عجزه القاضي، أراد إذا ما لم يفده السيد أو امتنع من تعجيزه وتسليمه للبيع في الجناية، وذلك يكون فيما إذا تنازع هو ومستحق الأرش، فحينئذ يرفع مستحق الأرش الأمر إلى القاضي ليعجزه ويبيعه في الجناية شاء السيد أو أبى، وأما لو أراد السيد تعجيزه وتسليمه للبيع في جنايته؛ فالظاهر أنه لا حاجة إلى القاضي في ذلك أصلًا انظر قول الرافعي فيما إذا اختار السيد الفداء.

ثم الفداء يكون بأقل الأمرين إلا أن يسلمه للبيع، وقول ابن الصباغ في «الشامل»: فإن عجز ماله عن أروش الجنايات ومال الكتابة كان للسيد أن

---

(١) في نسخة: (قال).

وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ، ....

يفسخ الكتابة ويبيعه في الجناية فإن قال السيد: أنا لا أفسخ الكتابة وأصبر عليه بمال الكتابة كان للمجني عليه أن يدفع ذلك إلى الحاكم فيفسخ الحاكم الكتابة ويبيعه في الجناية إلا أن يختار السيد أن يفديه فيكون له ذلك، انتهى. ولا أحسب في هذا نزاعًا بين الأصحاب.

نعم ما أطلقه في «التنبيه» وغيره من أنه يباع في الجناية من غير تعرض إلى تقديم التعجيز على البيع، رأيت مثله في كلام «الأم» ولكن هل المراد به أنه إنما يباع بعد تعجيزه؛ لأن بيع المكاتب؟ قيل: تعجيزه لا يجوز، أو أن يبيعه في الجناية تعجيزًا، ومتضمن له هذا محل نظر واحتمال، والعلم عند الله.

فائدة ثانية: نص في «الأم» أنه إذا جنى المكاتب أو عبده أنه يفدى بالأقل من قيمته يوم الجناية.

وقال الدارمي: القيمة تعتبر يوم الجناية، وقال ابن خيران قولًا آخر: يوم الاندمال بناء على أنه متى يطالب بالأرش وإن نقصت قيمة العبد، أي: عبد المكاتب الجاني لم يكن للمكاتب فداه إلا بقيمته بعد القبض يقل به الأصحاب بعد النفس، فإن أذن السيد فالقولان أي في تبرعه بإذنه، قال: وإن أبقى لم يفده بشيء إلا بإذنه على القولين، انتهى. هذا ليس على إطلاقه فيما أظن.

قال: **(وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ)** لأنه فوت بالإعتاق متعلق حق المجني عليه فهو كما لو قتله، وهذا بناء على نفوذ الإعتاق.

قال الرافعي: هو المشهور، وأشار والقاضي ابن كج إلى أن فيه خلافًا كإعتاق العبد القن إذا جنى ويمكن أن يفرق بأن المكاتب قد صار مستحق العتق بالكتابة قبل الجناية، وإذا أعتقه وقع العتق عن الجهة المستحقة والقن بخلافه.

قلت: وفي الحكم بنفوذ الإعتاق مع إعسار السيد بالفداء وفي الفرق

وَلَوْ قَتَلَ الْمُكَاتَبُ بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقًا.

وَلِسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَى قَاتِلِهِ الْمُكَافِئِ، وَإِلَّا فَالْقِيمَةُ.

المذكور نظر وقال الدارمي: إذا جنى المكاتب على أجنبي أو جنى عبد قن فأعتقه السيد فقيل يعتق، وقيل: كالمرهون، انتهى. والقلب إلى الطريق الثاني أميل، والعلم عند الله.

وبم يفديه؟ فيه طريقان: قيل على القولين الجديد والقديم، وقيل: بالأقل قطعًا بخلاف حال الكتابة، فإن الرق باقٍ، ولو بيع فربما وجد راغب بأكثر من قيمته.

وهنا فات هذا التوقع، وكما يلزم السيد هذا المكاتب الجاني بإعتاقه يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه إذا تكاتب عليه وجبا؛ لأنهما يعتقان بإعتاقه ولو أعتق المكاتب بأداء النجوم ضمن هو الجناية ولا يلزم السيد فداؤه، وإن قبض النجوم؛ لأنه يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب أولى وفيما يلزمه الطريقان، ومنها أن النظر إلى ابتداء الجناية في الكتابة أو إلى انتهائها بعد عتقه.

قال: (**وَلَوْ قَتَلَ الْمُكَاتَبُ؛ بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقًا**) لفوات محل الكتابة.

(**لِسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَى قَاتِلِهِ الْمُكَافِئِ**) أي: كالقن لبقاء ملكه عليه.

قال: (**وَإِلَّا فَالْقِيمَةُ**) أي: وإن لم يكن القاتل مكافئًا، فالواجب عليه القيمة، وإن قتله سيده فليس عليه إلا الكفارة قاله في «المحرر» وله الكتابة بحكم الملك لا بالإرث.

فَرْعٌ: قال الدارمي: إذا جنى عبد المكاتب عليه، فله القصاص والأرش، وإن كان يعتق عليه فله القصاص إلا الأب ونحوه وله البيع بقدر الجناية، قاله ابن المرزبان.

قلت: ونص عليه في «الأم» بلفظ: وإن جنى واحد منهم جناية لم يكن له أن يفديه بشيء، وكان عليه أن يبيع منه بقدر الجناية، انتهى.

قال الدارمي: وقال الطبري: لا يبيعه كالمرهون.

فَصْلٌ

وَيَسْتَقِلُّ بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لَا تَبَرُّعَ فِيهِ وَلَا خَطَرَ، ....

فَرْعٌ: قال في «الشامل»: إذا ملك المكاتب أباه بوصية، ثم إن المكاتب جنى على أبيه فقطع يده، فإنه يقبض من المكاتب؛ لأن حكم الأب معه كحكم الأحرار، فإنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته، ولا يعرف للشافعي مسألة يقتص من المالك للمملوك إلا هذه المسألة، انتهى.

وحكى الروياني هذا في «التجربة» عن نصه في «الأم» في قتله، ثم قال: فأوجب القصاص على المكاتب بقتل مملوكه، ولم يحصل ملكه عليه شبهة، وهذا غريب، انتهى.

فرع عن «الأم»: إذا أعتق المكاتب فاختلف هو ومن جنى عليه، فقال المكاتب: كنت حرًّا عند الجناية، وقال الجاني: بل مكاتبًا، فيصدق الجاني بيمينه، فإن شهد السيد للمكاتب قبلت شهادته ويأتي بشاهد آخر.

فَصْلٌ:

قال: (**وَيَسْتَقِلُّ**) يعني: المكاتب.

(**بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لَا تَبَرُّعَ فِيهِ وَلَا خَطَرَ**) أي: كالبيع والشراء والإجارة ونحوها من غير المحاباة نقدًا، ولا يسلم المبيع حتى يقبض ثمنه، والظاهر أن العكس كذلك، قالوا: فلا يبيع نسيئة، ولو استوثق برهن وكفيل.

نعم؛ لو باع ما يساوي مائة بمائة نقدًا ومائة نسيئة جاز.

قال الشيخان: ولو اشترى نسيئة بثمن النقد جاز ولا يرهن به؛ لأنه قد يتلف الرهن، وإن اشتراه بثمن النسيئة لم يجز، ذكره البغوي لما فيه من التبرع.

وذكر الروياني أنه يجوز إذ لا غبن، وظاهر كلام «الروضة» و«أصلها» ترجيح مقالة البغوي.

....

وعبارة «الشرح الصغير»: وإن اشتراه بثمن نسيئة، ففي «التهذيب» أنه [لا يجوز][١] لما فيه من التبرع، وقيل بخلافه.

قلت: وبه أجاب المحاملي والماوردي والجرجاني وابن الصباغ والدارمي والفوراني في كتابيه «العمد» و«الإبانة» وغيرهم، وهو الوجه، والمذهب والمنصوص.

وعلله الماوردي أن الغرر فيه على رب الدين لا على المكاتب، وقول البغوي: إن فيه تبرعًا ممنوع.

قال الشافعي في «الأم»: وللمكاتب أن يشتري بالدين، وإن لم يأذن للسيد؛ لأن ذلك نظر له وغير نظر للذي أدانه، وله أن يتلف في طعام؛ لأن السلف على الذي أتلفه وليس له أن يسلف في طعام؛ لأن ذلك دين قد يتلف هذا نصه، وعليه جرى العراقيون وغيرهم فاعلم.

واعلم أن ما في «التهذيب» قاله القاضي وتبعه إبراهيم المروزي عليه أيضًا، وهو وجه شاذٌ للقاضي.

وعبارة «تعليق» البغوي: ولو اشترى بالنسيئة نظر! إن اشترى بثمن المثل يجوز، أو بأكثر من ثمن المثل فالزيادة كالتبرع، انتهى.

وهي جيدة إلا أن يريد ما في «التهذيب» من ثمن المثل نقدًا، ولا أحسب أحدًا يمنع صحة استدانته ما يعتق من النجم الأخير أو جميع نجومه.

فَرْعٌ: قال الشافعي في «الأم»: ولا يجوز للمكاتب أن يبيع شيئًا من ماله بدين وإن كثر فضله فيه بحال، أو رهن فيه رهنًا وأخذ به كفيلًا؛ لأن الرهن يهلك والغريم والكفيل يفلس، وجرى عليه كثيرون من الأصحاب في هذا الباب منهم الماوردي، وحكى في كتاب الرهن في الجواز قولين.

قال ابن الرفعة: قال البندنيجي: ثم إن المذهب جواز البيع بثمن مؤجل،

---

(١) في نسخة: (يجوز).

....

وحكي هاهنا عن الشافعي أنه لا يجوز البيع بدين مؤجل.

وإن كان الربح أضعاف الثمن وإن كان الثمن رهن أو ضمين، قال: وقال الأصحاب بل يجوز أن يبيع ما يساوي مائة حالة بمائة وعشرين مائة مقبوضة ويبقي العشرين إلى مدة، انتهى، وسيأتي بيان ما في ذلك من الخبط.

وقال القاضي الحسين وتبعه إبراهيم المروزي: يجوز أن يبيع شيئًا يساوي عشرة بعشرين إلى أجل ويأخذ به رهنًا، انتهى.

وعلل الأصحاب المنع أيضًا بأن الرهن قد يتلف فيرفعه إلى قاض يرى سقوط الدين به فيضيع ماله.

فَرْعٌ: قال الشافعي في «الأم»: ليس للمكاتب أن يرهن في سلف ولا غيره؛ لأنه ليس له أن يسلف شيئًا من ماله، ولأن الرهن غير مضمون وتابعه الجماهير فيما علمت ووقع اضطراب للشيخين في المسألة.

فقالا: واللفظ للرافعي، وفرقوا بين المكاتب وبين الولي حيث يبيع مال الطفل نسيئة، ويرهن ويرتهن للحاجة أو للمصلحة الظاهرة بأن المرعي هناك مصلحة الطفل والولي المنصوب لينظر له، وهاهنا المطلوب العتق والمرعي مصلحة السيد والمكاتب غير منصوب لينظر له، وقد ذكرنا في كتاب الرهن أن بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة والرهن والارتهان فيجوز أن يعلم لذلك هاهنا، ولا يبيع بالنسيئة، وألحق صاحب الكتاب هناك المكاتب بالولي في جواز المرتهن، لكن الذي أطبق عليه عامة الأصحاب وأوردوه هاهنا المنع، ويشبه أن يتوسط فيقال: إن دعت ضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب فله ذلك حفظًا للمال، وإن كان يرى فيه مصلحة لم يمكن منه؛ لأنه ليس بناظر للسيد حتى يتحمل الخطر للمصلحة يراها بخلاف الولي، انتهى.

وعبارة «الروضة» وسبق في كتاب الرهن وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئة والرهن والارتهان والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق، انتهى.

وَإِلَّا فَلَا، ....

واقتضى كلامهما هناك أن الصحيح هو الوجه المشار إليه، وذكرت في «الغنية».

ثم إن النصوص في «الأم» و«المختصر» و«البويطي» في كتاب الرهن والكتابة تدل على أن المكاتب كالولي حرفًا بحرف يرتهن بالمصلحة ولا يرهن إلا للضرورة، وقال في المكاتب: لا يبيع بدين فاختلفوا، فقيل: يبيع كالولي، وقيل: لا.

وعن الشيخ أبي حامد أنه نص في «الأم» على أن للمكاتب ببيع نسيئة ويأخذ للرهن، وذكرنا أنه الظاهر وهو عكس ما قدمناه أول الفرع، وذكرنا ثم إن مما يجوز له الارتهان فيه بلا خلاف بغير إذن أن يكون له دين قديم مؤجل أو حال وتعذر أخذه، أو مستحدث عن قرض حيث يجوز للولي الإقراض.

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط» هناك: إن حكم المكاتب حكم ولي الطفل على الصحيح المنصوص، وفيه وجه مشهور، انتهى.

وهذا أثبت مما ذكره الرافعي والفرق السابق بينهما من كلام الإمام وتصرفه فيما علمت لم أره لغيره.

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ قوله من أهل العلم على أن للمكاتب أن يرتهن ما فيه له صلاح واختلفوا فيه برهن.

وحكي عن الشافعي أنه لا يجوز.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن كان فيه خطر أو تبرع كالإبراء والهبة والهدية والصدقة والضيافة والنفقة على الأقارب والضمان والإقراض بلا ضرورة والبيع محاباة وتعجيل المؤجل للأجنبي وغير ذلك من التبرعات بمنافع بدنه وإعادة أمواله، فلا يستقل به بلا خلاف، وعدَّ من صور الخطر البيع نسيئة والسلف ودفع ماله قراضًا ونحو ذلك؛ لأن المقصود تحصيل العتق فيحتاط له؛ ولأن حق السيد غير منقطع عمّا في يده.

وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وقد يعجز فيرق، وقضية إلحاقه بولي اليتيم جواز مقارضته بما في يده، والذي نص عليه صريحًا وأصحاب المنع.

قالوا: وله أخذ مال الغير قراضًا؛ لأن الخطر على مالكه لا عليه وهذا كله مع غير سيده لما سنعرفه، وضابط التبرعات المردودة كل ما يحسب من الثلث إذا تبرع به في مرض الموت.

قال الشيخ أبو محمد: ولا يحل له التبسط في الملابس والمأكل، ولا يكلف فيها التقتير المفرط.

قلت: وكذلك حكم المسكن.

قال الماوردي: لا اعتراض للسيد عليه فيما يحتاج إليه من مأكوله وملبوسه، ومن تلزمه نفقته من زوجة وولد ما لم يخرج فيهما إلى حد السرف، فأما نفقته في ملاذه فما كان معهود المسألة لم يمنع منه وما خرج عن المعهود منع منه، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن المنع إنما يكون لحق سيده، وقد زال بإذنه.

والثاني: لا؛ لأنه ناقص الملك والسيد لا يملك ما في يده، فلا يصح باجتماعهما ونظر إلى حق الله في تحصيل العتق، وفي بعض الصور طرق منها:

الخلع بالإذن، أظهرهما: على القولين وقيل: بالمنع قطعًا، وقيل عكسه، وفي إقراضه لسيده وهبته له ولولده الصغير ونحوه إذا قبل له السيد أو باع من سيده بمحاباة أو اشترى منه كذلك أو عجل له دينًا مؤجلًا غير النجوم - طريقان، المذهب أنه على القولين.

وقيل: يصح قطعًا، واختاره الشيخ أبو محمد؛ لأن له أن يعجز نفسه فيجعل جميع ما في يده لسيده فالهبة ونحوها أولى.

قال الشافعي في «الأم»: ما أعطى المكاتب سيده الذي كاتبه ببيع لا يتغابن بمثله الناس أو هبة أو صدقة فذلك جائز لسيده؛ لأنه مال لعبده فيأخذه

وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ عَتَقَ، أَوْ عَلَيْهِ لَمْ يَصِحَّ بِلَا إِذْنٍ، وَبِإِذْنٍ فِيهِ الْقَوْلَانِ، ....

كيف شاء، وكذلك ما باع السيد من مكاتبه ويجوز بينهما التغابن فيما باع السيد من المكاتب أو المكاتب من السيد وإن كثر؛ لأنه لا تعذر أن يكون مالًا لأحدهما.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ**) أي: أو وهب للمكاتب أو أوصى له به فقبل.

(**صَحَّ**) أي: وكان الملك فيه للمكاتب كغيره من العبيد.

(**فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ عَتَقَ**) كما لو ورثه أو أوصى له به فقبله.

قال الرافعي: ولم يقولوا أنه يمنع من صرف المال إلى عوض من عساه يعتق على السيد ولا نظر إلى لزوم النفقة إذا عتق عليه، وإنما اعتبروا الحال.

قال: ولو اشترى بعض من يعتق على السيد، وهل يسري إلى الباقي إذا كان السيد موسرًا ينظر إلى عجز المكاتب نفسه من غير اختيار السيد فلا يسري كما لو ورث بعض قريبه، وإن عجزه السيد فوجهان.

قال: (**أَوْ عَلَيْهِ**) أي: أو اشترى المكاتب من يعتق عليه من أصوله أو فروعه لو كان حرًّا.

(**لَمْ يَصِحَّ بِلَا إِذْنٍ**) أي: لما فيه من تضرره بوجوب الإنفاق عليه ومنعه من التصرف فيه بالبيع.

قال: (**وَبِإِذْنٍ فِيهِ الْقَوْلَانِ**) أي: في تبرعاته.

وقيل: بالصحة قطعًا؛ لأنه حصل له في مقابلته شيء ولأنه قد يستفيد من إكسابه ما يعينه وضعف بأن هذا لو كان مقصودًا لجاز بدون الإذن.

قال الرافعي وغيره: ولو وهب منه قريبه أو أوصى له به فإن لم يقدر على الكسب لهرم أو زمانة وعجز وكان يلزمه نفقتهم؛ لم يجز له قبوله.

فَإِنْ صَحَّ فَمُكَاتَبٍ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ بِإِذْنٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وقيل: يجوز له أن يقبل الزمن فقد يكتسب من غير عمل، واختاره الصيمري وإن كان كسوبًا كسبًا يقوم بكفاية نفسه جاز قبوله بل يستحب إذ لا ضرر عليه في القبول.

قال: **(فَإِنْ صَحَّ)** أي: الشراء.

(فَمُكَاتَبٍ عَلَيْهِ) فيعتق بعتقه ويرق برقه، وليس له بيعه نص عليه في «الإملاء» وهو المذهب، وفيه وجه حكاه الماوردي وغيره، وزيفه الإمام.

قال الإمام: ولو صح للزم قياسه تجويز بيع ولده من جاريته، فإن طرده كان خارقًا للإجماع، وإن لم يطرده كان ناقضًا لمذهبه، انتهى.

ولا يجوز لأحد أن يملك أباه فيبيعه وتكون نفقته في كسبه، وما يفضل للمكاتب يستعين به في أداء النجوم فإن مرض أو عجز أنفق المكاتب عليه؛ لأنه من صلاح ملكه وإن جنى القريب على إنسان بيع في الجناية وليس للمكاتب أن يفديه بخلاف ما لو جنى عبده؛ لأن الرقبة تبقى له فيصرفها إلى النجوم.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ بِإِذْنٍ عَلَى الْمَذْهَبِ)** سبق أنه لا يصح إعتاق المكاتب عبده بلا إذن بلا خلاف، وأما بإذن السيد فمرتب على سائر التبرعات الجارية بإذنه إن لم يصححها فالعتق والكتابة أولى بالمنع، وإن صححناها فقولان:

أصحهما: المنع أيضًا؛ لأنهما يعقبان الولاء، وليس المكاتب أهلًا لثبوت الولاء له كالقن، ويحصل من هذا الترتيب طريقان كما ذكره الشيخ.

أظهرهما: إن فيه قولين نص عليهما في «الأم» و«المختصر».

والثاني: القطع بالمنع، وقضية كلام المصنف واصطلاحه ترجيحها.

إشارة: ما ذكره الشيخ هو في إعتاقه عن نفسه سواء كان عن كفارة أو تطوعًا أما لو أعتق عن سيده أو عن غيره بإذن سيده فهو كسائر التبرعات بالإذن فيصح على الأظهر، ولا يجيء فيه الطريقة القاطعة بالمنع؛ لأن المعتق عنه من

[فَصْلٌ]: الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لِشَرْطٍ أَوْ عِوَضٍ، أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَالصَّحِيحَةِ فِي اسْتِقْلَالَةِ بِالْكَسْبِ، وَفِي أَخْذِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَمَهْرِ شُبْهَةٍ، وَفِي أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ وَيَتْبَعُهُ كَسْبُهُ، ....

أهل الولاء ولو أعتق عن غيره بعوض المثل فأكثر صح قطعًا؛ لأنه بيع.

قال:

(فَصْلٌ:

الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لِشَرْطٍ أَوْ عِوَضٍ، أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَالصَّحِيحَةِ فِي اسْتِقْلَالَةِ بِالْكَسْبِ) لأنه يعتق فيها بالأداء كالصحيحة والأداء، إنما يكون من الكسب فيكون بمنزلة الصحيحة فيه، فممكن من التردد والتصرف ليؤدي المسمى ويعتق، فإن فضل شيء من كسبه فهو له وليس لنا عقد فاسد يملك به كالصحيح إلا هذا.

قال: **(وَفِي أَخْذِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَمَهْرِ شُبْهَةٍ)** لأن ذلك من الكسب أو بمنزلته.

قال: **(وَفِي أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ وَيَتْبَعُهُ كَسْبُهُ)** كما في الصحيحة وفاء بالتشبيه، وإشارة كلامه يفهم أنها كالصحيحة في هذه الأشياء فقط، وعليه ينطبق قول القاضي الحسين وغيره أنها توافق الصحيحة في أربعة أشياء في العتق بالأداء، واستتباع الكسب، والولد على المذهب، وفي استحقاقها مهر وطء الشبهة، وأرش الجناية، وعبارة البغوي وغيره توافق الصحيحة في حكمين:

أحدهما: إن كسبه له حتى مهر الوطء بالشبهة والأرش.

والثاني: إذا عتق بالأداء تبعه الولد والكسب الباقي بعد المال وهي طريقة القاضي الحسين.

وذكر الإمام والغزالي وغيرهما: إنها كالصحيحة في سقوط نفقته عن سيده ووجوبها على نفسه وفي معاملته له، والذي أورده البغوي أنه لا يجوز معاملته السيد وأنه لا ينفذ تصرفه فيما في يده كما في المعلق عتقه بصفة، قال الرافعي في «شرحه الكبير»: فقط ولعل هذا أقوى، انتهى.

وَكَالتَّعْلِيقِ فِي أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِإِبْرَاءٍ.

وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ.

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا يُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمُكَاتَبِينَ.

وَتُخَالِفُهُمَا فِي أَنَّ لِلسَّيِّدِ فَسْخَهَا، وَأَنَّهُ ....

والمذكور في «فتاوى» القفال أن له أن يتصرف ويبايع مولاه ويستحق النفقة على السيد، انتهى، ويؤيده أن الرافعي وغيره جزموا بأن فطرته على سيده.

قال: (**وَكَالتَّعْلِيقِ**) أي: بالصفة المحضة.

(**فِي أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِإِبْرَاءٍ**) أي: ولا بأداء الغير عنه ولا بالاعتياض عمّا سمي لعدم حصول الصفة.

قال: (**وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ**) أي: فلا يعتق بالدفع إلى وارثه بخلاف الصحيحة؛ لأن الفاسدة جائزة من الجانبين فأبطلها الموت، وإلحاقًا بسائر التعليقات المعتبر وجودها في حياته.

قال: (**وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ**) أي: إن علم فسادها قطعًا، وكذا إن ظن صحتها على الأظهر كما لو باع ما ظنه كغيره وهو له.

قال: (**وَلَا يُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمُكَاتَبِينَ**) أي: على الأصح المنصوص؛ لأنها غير لازمة كالمخارجة، ووجب الجواز أنه يتوصل بها إلى العتق وهو مستقل بالإكساب.

قال: (**وَتُخَالِفُهُمَا**) أي: تُخالف الفاسدة الكتابة الصحيحة والتعليق معًا.

(**فِي أَنَّ لِلسَّيِّدِ فَسْخَهَا**) أي: متى شاء بالفعل، وكذا بالقول على الصحيح؛ لأن المسمى فيها لا يسلم للسيد كما سيأتي.

فإذا فسخ ثم أدى المسمى لا يعتق؛ لأنه وإن كان تعليقًا فهو في ضمن معاوضة، فإذا ارتفعت المعاوضة ارتفع ما تضمنته من التعليق.

قال: (**وَأَنَّهُ**) أي: السيد.

لَا يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ، بَلْ يَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ بِهِ إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا، وَهُوَ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْعِتْقِ.

فَإِنْ تَجَانَسَا فَأَقْوَالُ التَّقَاصِّ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْفَضْلِ بِهِ.

(لَا يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ) أي: لفساد العقد.

(بَلْ يَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ بِهِ) أي: المأخوذ.

(إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا) أي: إن كان له قيمة كما قاله «المحرر» احترازًا عن الخمر ونحوه مما لا قيمة له.

وعبارة «المنهاج» توهم إرادة غير المثلى، ولا شك أنه يرجع بما دفعه من المسمى مثليًا كان أو متقومًا إن كان باقيًا ففي عينه، وإن كان تالفًا فيبدله.

قال: **(وَهُوَ عَلَيْهِ)** أي: والسيد على العبد.

(بِقِيمَتِهِ) أي: قيمة رقبة العبد.

(يَوْمَ الْعِتْقِ) لأنه وقت التلف، وفي قول ضعيف بقيمة يوم العقد.

قال: **(فَإِنْ تَجَانَسَا فَأَقْوَالُ التَّقَاصِّ)** وسيأتي بيانها.

(وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْفَضْلِ بِهِ) أي: إن كان له فضل، وإنما يثبت التراجع إذا كان المسمى المقبوض مالًا، فإن كان خمرًا أو نحوه لم يرجع العتيق على السيد بشيء ويرجع السيد عليه بقيمة رقبته.

وعن هذا احترز بقوله: إن كان متقومًا كما بيناه، واعلم أن المكاتبة الفاسدة تخالف الصحيحة في أحكام كثيرة غير ما ذكره، وذكر في «الروضة».

منها: وربما فهم عنه الحصر، ويوهم ذلك قول جماعة وتبعهم ابن الرفعة، وتخالفها في عشرة أشياء وليس كذلك.

فمنها: إنه ليس له السفر بلا إذن على الأصح بخلاف الصحيحة على الأظهر من طرق بينها في «الغنية» ولا يجب فيها الإيتاء على الصحيح.

وإنه لا تصح الوصية بنجومها، وأنه لو أعتقه لا عن جهة الكتابة أو وهبه

قُلْتُ: أَصَحُّ أَقْوَالِ التَّقَاصِّ سُقُوطُ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ بِالْآخَرِ بِلَا رِضًا.

كان فسخًا لها.

وإنه لو أعتقه عن كفارة كان فسخًا لها على الصحيح المنصوص.

وإنه إذا أعتق عن جهة الكتابة لا يتبعه بالكسب والولد.

وإنه في الالتقاط كالقن على الأصح، وأنها تبطل بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه كما سيأتي.

وإنه لا يعامل سيده على أقوى الوجهين، وهو القياس وأن فطرته على سيده كالقن.

وإنه لا يعتق بتعجيل نجومها على الأصح، وأنها لو عجزت عن الأداء فيها أو فسخ الكتابة قبل عجزها لم يجب الاستبراء على الأصح.

وإنه لا يحرم وطؤها على أحد الوجهين، وينبغي بناء وجوب المهر فيها عليهما ولينظر هل يتوقف تزويج هذه على إذنها أم لا.

وإنه لا تحالف فيها كما دل عليه نص «الأم».

وإنه لا تصح حوالته لسيده بالنجوم لوضوح الفرق بين الكتابتين ولم أره نصًا.

وإنه لا يشترط حضوره لتعجيزه، وإبطالها بل يجوز بمشاهدة عتقه.

قال الماوردي: نعم، يشهد عليه لقطع التجاحد لا أنه شرط، والظاهر أن له تزويجها بلا إذن منها.

فَرْعٌ: قال الروياني في «التجربة»: لو أقر المكاتب بجناية توجب المال قبل على الصحيح من المذهب، وغلط من قال غيره، انتهى.

ويشبه أن يفرق بين ذي الكتابة الصحيحة وضدها.

قال: **(قُلْتُ: أَصَحُّ أَقْوَالِ التَّقَاصِّ سُقُوطُ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ بِالْآخَرِ بِلَا رِضًا)** لأن مطالبة كل واحد منهما بمثل ما عليه عناه لا ثمرة له، وكذلك لو كان له على وارثه دين فمات سقط ولا يؤمر بتسليمه.

وَالثَّانِي: بِرِضَاهُمَا.

وَالثَّالِثُ: بِرِضَا أَحَدِهِمَا.

وَالرَّابِعُ: لَا يَسْقُطُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(وَالثَّانِي: بِرِضَاهُمَا) لأنه إبدال ذمة بذمة، فأشبه الحوالة يعتبر فيها رضا المحيل والمحتال.

(وَالثَّالِثُ: بِرِضَا أَحَدِهِمَا) لأنه إبدال ذمة بذمة فأشبه الحوالة أحدها؛ لأن للمدين أن يقضي من حيث شاء، فإذا رضي أحدهما فقد وجد القضاء منه.

(وَالرَّابِعُ: لَا يَسْقُطُ) أي: وإن تراضيا؛ لأنه بيع دين بدين، وقد ورد النهي عنه.

(وَاللهُ أَعْلَمُ) وإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب وبرئت ذمته عن النجوم عتق كما لو أدى.

واعلم أن هذه مهمة كثيرة الوقوع فيتعين تحريرها، وبيان ما وقع في فروعها وغيرها من الاضطراب، وإيضاح ذلك بذكر أمور:

أحدها: قول المصنف، فإن تجانسا لا شك أنه لا يكفي مجرد التجانس.

فنقول: إذا ثبت لكل واحد من شخصين على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين كسلم وقرض أو قرض وثمن، فإمَّا أن يكونا نقدين أو لا، فإن كانا نقدين نظر! إن كانا من جنس واحد واتفقا في الحلول وسائر الصفات ففيه الأقوال الأربعة، وإن اختلفا في الصفات كالصحة والتكسير أو الحلول والتأجيل أو مقدار الأجل لا يصير أحدهما قصاصًا بالآخر، ولو تراضيا يجعل الحال قصاصًا بالمؤجل لم يجز.

وقيل: يجوز ولو كانا مؤجلين بأجل واحد.

فالأوجه عند الإمام: إنهما كالحالتين، والصحيح في «التهذيب» كمختلفي الأجل.

قال الرافعي: وتردد الإمام في مجيء القول بالتساقط بلا رضا.

....

وعلى رواية تصحيح «التهذيب» اقتصر في «شرحه الصغير» وهو قضية ما يأتي عن البندنيجي.

وقال في «الروضة»: ولو اتخذ الأجل فهل هما كالحالين أم كمختلفي الأجل؟ فيه وجهان:

أرجحهما عند الإمام: الأول، وعند البغوي: الثاني، انتهى.

وعبارة الإمام: ولو فرضنا دينين مؤجلين، فهذا فيه احتمال عندي، والأوجه إجراء ثلاثة أقوال، فأما القول بالتساقط من غير رضا.

قلت: أرى له وجهًا والأجل عتيد والكهل كائن، وليس يبعد جريان هذا القول أيضًا، انتهى.

وعبارة التساقط وإن ثبت دينان مؤجلان بأجل واحد، ففي إجراء الأقوال احتمال قبل حلول الأجل، وينبغي ألا يحتمل؛ لأن من مات حل أجله؛ وذلك متوقع لكل واحد، ولا ندري من يموت، انتهى.

فنقل «الروضة» عن الإمام وأصلها مدخول.

الثاني: أن يكونا من جنسين بأن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير فلا خصاصة والطريق أن يأخذ أحدهما ماله على صاحبه، ثم إن شاء جعلا المقبوض عوضًا عمّا على الآخر.

قال الروياني: لأن دفع العوض عن الدراهم والدنانير في الذمة يجوز، ولا حاجة إلى قبض الجنسين معًا، وإن لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا من جنس واحد، فعن صاحب التقريب أن التقاص على الاختلاف المذكور إذا أجريناه في النقدين، ففي ذوات الأمثال وجهان لظهور التفاوت.

وإذا أجريناه في ذوات الأمثال ففي العوضين الموصوفين في الذمة وجهان بالترتيب؛ لأن التفاوت فيهما أكثر.

قال الرافعي: والذي أورده العراقيون وغيرهم أن التقاص لا يجري في غير الأثمان من العروض وغيرها.

....

وفرق الشيخ أبو حامد بأن العقد على الأثمان ليس عقد مغابنة ومرابحة لقلة الاختلاف فيها، فالتقاص فيها قريب بخلاف سائر الأموال، وإن كانا جنسين فلا مقاصة وإن تراضيا، بل إن كانا عرضين فينبغي أن يقبض كل واحد منهما ما على الآخر، فإن قبض أحدهما لم يجز رده عوضًا عن المستحق المردود عليه؛ لأنه بيع عوض قبل القبض إلا أن يكون ذلك العرض مستحقًا بعرض أو إتلاف.

هكذا فصل ابن الصباغ والروياني وغيرهما، هذا ما أورده الإمام الرافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

الثالث: قول الرافعي والذي أورده العراقيون وغيرهم أن التقاص لا يجري في غير الأثمان من العروض وغيرها.

وفيه نظر من حيث الترجيح والنسبة، وقال في أصل «الروضة»: وأما إذا لم يكن الدينان نقدين وإن كانا جنسًا؛ فالمذهب ألا تقاص، وبه قطع جمهور العراقيين وغيرهم.

وقيل: هو على الأقوال، وقيل: إن كانا من ذوات الأمثال فعلى الأقوال، وإلا فلا تقاص قطعًا، انتهى.

ومقتضى ما في «النهاية» و«البسيط» وغيرهما أن الأصح جريان التقاص في ذوات الأمثال كالنقود، وهو نص الإمام الشافعي في «الأم» كما رأيته ولفظه:

ولو حرق السيد للمكاتب مائة صاع مثل حنطته، والحنطة التي على المكاتب حالة كانت قصاصًا، وإن كره سيد المكاتب فإن كان خيرًا أو شرًّا من حنطته لم تكن قصاصًا، حتى يرضى المكاتب إذا كانت الحنطة المحرقة خيرًا من الحنطة التي عليه أن يجعلها قصاصًا، أو يرضى السيد أن يجعلها قصاصًا إذا كانت الحنطة التي حرق شرًّا من الحنطة التي له على المكاتب فلا تكون قصاصًا إلا بأن يحتال بها المكاتب برضاه على السيد، وهكذا لو كان مكان

....

الحنطة جناية على المكاتب لم يختلف هذا، انتهى نصه بحروفه.

ويجريان بالأقوال في المثليات جزم صاحب «المهذب» وغيره وعليه ينطبق ما في «مقنع المحاملي».

وحكى ابن الرفعة عن البندنيجي أنه قال:

إن الأصحاب لم يختلفوا في أن الخلاف في التقاص لا يجري إلا في الدراهم والدنانير خاصة، ولا فرق بين ما له مثل وغيره.

قال: وهم في ذلك مخالفون نص الشافعي رضي الله عنه لا عن قصد، لكن لقلة نظرهم في كتابه فقد نص في باب الجناية على المكاتب من «الأم» أن التقاص يقع في الطعام.

فقال: حرق السيد على المكاتب مائة صاع حنطة مثل حنطته أو الحنطة التي على المكاتب حالة كانت قصاصًا كره المكاتب، فإن كانت خيرًا لم يكن قصاصًا إلا برضا من له الأجود أن يكون قصاصًا.

قال: فقد نصَّ على أن الأقوال تأتي في كل ما يثبت في الذمة من مثلي ومتقوم والأقوال تجري في سائر الديون المتساوية في الصفة والحلول والتأجيل، انتهى.

الرابع: اعلم أن قضية الرافعي والمصنف وغيرهما في كتاب الخراج في الكلام فيما إذا ورث القصاص اثنان فبدر أحدهما فقتل الجاني بأن التقاص يجري عند الأصحاب في الديات مطلقًا كما يجري في النقدين.

ثم قالا في آخر المسألة: واللفظ «للروضة» وما ذكرناه في المسألة من صور مجيء الخلاف في التقاص.

كذا أطلقه الأصحاب وفيه نظر؛ لأن شرط التقاص استواء الدينين في الجنس والصفة حتى لا يجري إذا كان أحدهما مؤجلًا والآخر حالًا، إذ اختلفت أجلاهما وهنا أحد الدينين في ذمة المتبادر لورث الجاني.

والآخر يتعلق بتركة الجاني فلا يثبت في ذمة أحد وهذا الاختلاف أشد من

....

اختلاف قدر الأجل، انتهى.

الخامس: أغرب صاحب «الخصال» وغيره من المتقدمين فأجروا التقاص في القصاص نفسه، بل جزموا به كما يثبت في الجنايات، وأنكره المصنف في «التنقيح» وشذذه.

واعلم أيضًا أنهم أطلقوا الكلام في النقدين، والظاهر أن النقد الخاص إما المغشوش فإن منعنا التعامل عليه في الذمة فلا يخفى حكمه، وإن جوزنا كما هو المرجح، فالظاهر أنه في التقاص كالخالص عند الاستواء في الغش وغيره من الصفات.

السادس: حكى الرافعي عن «تعليق» الشيخ أبي حامد أن القول المرجح وهو سقوط أحد الدينين بالآخر بلا رضا هو المنصوص.

وقال: إن مقابله يحكي عن نصه في الصرف فأفهم أن القولين الآخرين منصوصان، وليس كذلك بل الأقوال الأربعة منصوصة.

قال الإمام: نص عليها الشافعي في أبواب متفرقة.

وقال الماوردي في كلامه على الكتابة الفاسدة: نص على جميعها في هذا الكتاب، وأما الدارمي فحكاها وجوهًا.

السابع: قضية إطلاق الشيخين وغيرهما أنه متى ثبت التقاص بلا رضا سقوط أحد الدينين بالآخر من غير فرق بين شخص وشخص.

وقال الرافعي: وكلامه على الإعسار بالنفقة: ولو كان له عليها دين فأمرها بالإنفاق منه فإن أيسرت فلا خيار وإلا فلها الخيار؛ لأنها لا تصل إلى حقها من ماله والمعسر منظر، وقضية إطلاقه وغيره أنه لا يجري التقاص هنا وحكى في «البحر» هذا عن المجرد وعلله بأنه ليس له مطالبتها بما عليها إذا كانت معسرة.

ثم قال: يجب أن يكون هذا على قولنا: إن المقاصة لا تثبت إلا بالتراضي.

فَإِنْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ فَلْيُشْهِدْ.

فَلَوْ أَدَّى الْمَالَ فَقَالَ السَّيِّدُ: كُنْتُ فَسَخْت فَأَنْكَرَهُ صُدِّقَ الْعَبْدُ بِيَمِينِهِ.

فإن قلنا: يتقاصان بوجوبهما فيجب أن يسقط أحدهما بالآخر، انتهى.

وما قاله ظاهر، ولعل من قال ذلك بناه على أن التقاص لا يجري في المثليات، بل يختص بالنقدين.

وأما إذا قلنا به كما سبق، وقلنا بالوجه المرجح فالوجه جريانه في النفقة، والله أعلم.

فائدة: سبق في باب الربا أنه يجوز الصرف في الذمة، [وكذا بيع الطعام الموصوف في الذمة] بمثله على الأصح.

والظاهر أنه لا يجري [التقاص] في ذلك.

وقد يفهم من إطلاق بعضهم هنا جريانه وليس بمراد، وقد صرحوا هناك بأنه لا بد من التقابض الحقيقي؛ فاعلم.

فائدة: الذي يفهمه كلام المصنف وغيره هنا أن حكم الكتابة الفاسدة ما قدمه من التراجع وغيره سواء علم السيد بفساد الكتابة أو العبد أم اعتقد صحتها نظر إلى التعليق ووجود الصفة.

ورأيت في كتاب «البويطي» ما لفظه: وإن كاتب رجل عبده كتابة فاسدة بألف درهم فإن علم بها قبل أن يؤدي فالكتابة باطلة وما يأخذ السيد له، وإن لم يعلم بها إلا بعد ما أخذ وفرغ فالعتق جائز، ثم ذكر التراجع.

ثم قال: وإنما جاز عتق العبد بالصفة كرجل قال لعبد: إذا جئتني بألف درهم فأنت حر، فيعتق بالصفة وتراجعا بفضل ما بين القيمة؛ لأنه بمنزلة البيع الفاسد؛ ولأنه كتابة فاسدة، هذا نصه بحروفه.

قال: (**فَإِنْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ فَلْيُشْهِدْ**) أي: احتياطًا وتوقيًا للتجاحد؛ لأن الإشهاد شرط للفسخ كما قال الماوردي وغيره.

قال: (**فَلَوْ أَدَّى الْمَالَ فَقَالَ السَّيِّدُ: كُنْتُ فَسَخْت فَأَنْكَرَهُ صُدِّقَ الْعَبْدُ بِيَمِينِهِ**) أي: لأن الأصل عدم الفسخ، وعلى السيد البينة.

وَالْأَصَحُّ بُطْلَانُ الْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِغْمَائِهِ وَالْحَجْرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ الْعَبْدِ.

قال: **(وَالْأَصَحُّ)** أي: عند الأكثرين وظاهر النص.

(بُطْلَانُ الْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِغْمَائِهِ وَالحَجْرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ الْعَبْدِ) لأن الحظ فيها للعبد لا للسيد.

قال الرافعي: لأنها تبرع فيؤثر فيها اختلال عقل السيد دون اختلال عقل العبد، وأيضًا فإن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة، وإنما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ.

قلت: وفي هذا نظر.

قال: وأيضًا فالصحيحة جائزة من جهته ولا تبطل بجنونه فكذلك الفاسدة.

والثاني: تبطل بجنونهما لجوازها من الطرفين.

والثالث: عكسه وصححه الإمام؛ لأن المغل فيها التعليق، وهو لا يبطل بالجنون، ولأنها وإن كانت جائزة فمصيرها إلى اللزوم كالبيع في مدة الخيار.

وإذا قلنا: لا تبطل بجنون العبد فأفاق وأدى المسمى عتق وثبت التراجع، وكذا لو أخذ السيد في جنونه.

قال الأصحاب: ينصب الحاكم من يرجع له، وينبغي أن يقال: لا يعتق هاهنا بأخذ السيد، وإن قلنا في الكتابة الصحيحة أنه يعتق؛ لأن المغلب هاهنا التعليق والصفة المعلق عليها الأداء من العبد، ولم يوجد هذا ما أوجده الرافعي نقلًا وبحثًا.

تنبيهان:

أحدهما: قوله: وينصب الحاكم، كذا قاله الأصحاب، وحكوه عن النص ووقع في «الروضة» وينصب السيد بدل الحاكم، قال من شرح الكتاب: وهو الصواب، وهذا عجيب.

الثاني: قول المصنف: والحجر عليه يشمل حجر السفه والفلس، وإنما صرحوا بالأول، وإذا قلنا يبطل فأدى المسمى لم يعتق في الأصح.

فَصْلٌ

وَلَوْ ادَّعَى كِتَابَةً فَأَنْكَرَهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ صُدِّقَا، وَيَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا تَحَالَفَا، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ مَا يَدَّعِيهِ لَمْ تَنْفَسِخْ الْكِتَابَةُ فِي الْأَصَحِّ، بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفِقَا فَسَخَ الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ وَقَالَ الْمُكَاتَبُ: بَعْضُ الْمَقْبُوضِ وَدِيعَةٌ ....

فَصْلٌ

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى كِتَابَةً فَأَنْكَرَهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ صُدِّقَا**) لأن الأصل عدمها.

قال: (**وَيَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ**) أي: والسيد على البت جريًا على القاعدة.

قال: (**وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا تَحَالَفَا**) أي: كما سبق في البيع وغيره، ثم القول فيمن يبدأ بتحليفه، وفي كيفية اليمين على ما تقدم في البيع.

قال: (**ثُمَّ**) أي: بعد التحالف.

(**إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ مَا يَدَّعِيهِ لَمْ تَنْفَسِخْ الْكِتَابَةُ فِي الْأَصَحِّ، بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفِقَا فَسَخَ الْقَاضِي**) إذا تحالفا إن لم يحصل العتق باتفاقهما بأن لم يقبض السيد شيئًا أو لم يقبض بجميع ما يدعيه فتنفسخ الكتابة أو يفسخها الحاكم إن لم يتراضيا على شيء فيه الخلاف المذكور في البيع.

قال الرافعي في «شرحه الصغير» و«الكبير»: والظاهر الثاني ولم يذكر استقلالهما هاهنا ولا استقلال العبد ولا شك في استقلاله بعد التحالف كما قبله وأولى، أما السيد ففيه نظر وقد أوضحت ذلك في بيوع «الغنية» وبينت فيه نفائس.

قال: (**وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ**) أي: قبض السيد ما ادعاه بتمامه.

(**وَقَالَ الْمُكَاتَبُ: بَعْضُ الْمَقْبُوضِ وَدِيعَةٌ**) يعني: أودعته إياه، ولم أرفعه إليه عن جهة الكتابة، وإنما دفعت إليه عن جهة الكتابة المقدار الذي ادعيته فقط لا ما زاد عليه.

عَتَقَ وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّى، وَالسَّيِّدُ بِقِيمَتِهِ، وَقَدْ يَتَقَاصَّانِ.

وَلَوْ قَالَ: كَاتَبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ صُدِّقَ السَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا ادَّعَاهُ، وَإِلَّا فَالْعَبْدُ.

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: وَضَعْتُ عَنْكَ النَّجْمَ الْأَوَّلَ أَوْ قَالَ الْبَعْضَ، فَقَالَ بَلْ الْآخِرَ أَوْ الْكُلَّ صُدِّقَ السَّيِّدُ.

وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقَالَ كَاتَبَنِي أَبُوكُمَا، فَإِنْ أَنْكَرَا صُدِّقَا، ....

قال: **(عَتَقَ)** أي: لاتفاقهما على وقوع العتق على التقديرين.

(وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّى) أي: جميعه.

(وَالسَّيِّدُ بِقِيمَتِهِ) أي: قيمة العبد.

(وَقَدْ يَتَقَاصَّانِ) أي: إن وجدت شروط التقاص كما سبق بيانه.

قال: **(وَلَوْ قال: كَاتَبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ، صُدِّقَ السَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا ادَّعَاهُ)** أي: بيمينه لقوة جانبه بذلك.

(وَإِلَّا فَالْعَبْدُ) أي: فإن لم يعرف سبق ما ادعاه صدق العبد لضعف جانب السيد، والأصل عدم ما ادعاه.

وسكت الشيخ عمّا لو قال السيد: كاتبتك وأنا صبي، والظاهر تصديقه بيمينه إذا احتمل منه ما يقوله كما مرَّ في نظائره.

قال: **(وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: وَضَعْتُ عَنْكَ النَّجْمَ الْأَوَّلَ، أَوْ قال: الْبَعْضَ، فَقال: بَلْ الْآخِرَ، أَوْ الْكُلَّ صُدِّقَ السَّيِّدُ)** أي: بيمينه؛ لأنه أعرف بفعله وإرادته.

قال: **(وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقال: كَاتَبَنِي أَبُوكُمَا، فَإِنْ أَنْكَرَا صُدِّقَا)** أي: بيمينهما على نفي العلم بذلك، فإن حلفا فذاك، وإن نكلا وحلف العبد اليمين المردودة تثبت الكتابة.

وإن حلف أحدهما فقط رق نصيبه وترد اليمين في نصيب الناكل، فإن أقام العبد بينة اشترط رجلان؛ لأن المقصود الحرية لا المال.

وَإِنْ صَدَّقَاهُ فَمُكَاتَبٌ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَالْأَصَحُّ لَا يَعْتِقُ، بَلْ يُوقَفُ، فَإِنْ أَدَّى نَصِيبَ الْآخَرِ عَتَقَ كُلُّهُ وَوَلَاؤُهُ لِلْأَبِ، وَإِنْ عَجَزَ قُوِّمَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَإِلَّا فَنَصِيبُهُ حُرٌّ، وَالْبَاقِي مِنْهُ قِنٌّ لِلْآخَرِ.

قُلْتُ: بَلْ الْأَظْهَرُ الْعِتْقُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُهُ مُكَاتَبٌ، وَنَصِيبُ الْمُكَذِّبِ قِنٌّ، ....

قال: (**وَإِنْ صَدَّقَاهُ فَمُكَاتَبٌ**) أي: إذا كانا أهلًا للتصديق كما لو أقام بينة.

قال: (**فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَالْأَصَحُّ لَا يَعْتِقُ، بَلْ يُوقَفُ، فَإِنْ أَدَّى نَصِيبَ الْآخَرِ عَتَقَ كُلُّهُ وَوَلَاؤُهُ لِلْأَبِ**) لأنه المعتق.

قال: (**وَإِنْ عَجَزَ قُوِّمَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا**) أي: وبطلت كتابة الأب وكان للابن المعتق ولاء الكل.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن موسرًا.

(**فَنَصِيبُهُ حُرٌّ، وَالْبَاقِي مِنْهُ قِنٌّ لِلْآخَرِ**) هذا ما صححه البغوي، وقال: إن قضية كلام «المختصر» قولان في عتق نصيبه.

أصحهما: هذا يعني الوقف.

والثاني: العتق، قال الرافعي: وهو المشهور الذي أطلقه عامة الأصحاب.

قال: (**قُلْتُ: بَلْ الْأَظْهَرُ الْعِتْقُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) فبين أن الخلاف قولان، وأن المرجح حصول العتق في الحال لا توقف، وهو المذهب.

قال: (**وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُهُ مُكَاتَبٌ، وَنَصِيبُ الْمُكَذِّبِ قِنٌّ**) أي: بيمينه في نصيب المصدق قول مخرج أن الكتابة لا تثبت فيه؛ لأنها لا تتبعض، والمنصوص المشهور ثبوتها، وهذا تبعيض أدت الضرورة إليه بخلافه في الابتداء ثم إذا حكمنا بالمشهور فنصف الكسب له يصرفه في نجومه، ونصفه للمكذب فإن اتفقا على مهايأة جاز ولا إجبار عليها على الأظهر ولا تقدير للنوبتين في المهايأة.

فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُصَدِّقُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا].

وفي كتاب ابن كج: إنها تجوز يومين يومين، وثلاثة ثلاثة فإن زادت كسنة وسنة ففي الجواز وجهان.

قال: **(فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُصَدِّقُ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا)** قال الرافعي: فيه طريقان، قال أكثرهم في السراية قولان كما لو صدقاه معًا إلا أنا إذا قلنا بالسراية فهاهنا تثبت السراية في الحال، ولا يجيء القول الآخر يعني من أنها ثبوت عند العجز؛ لأن صاحبه منكر للكتابة فلا يمكن التوقف إلى العجز، وقيل تثبت السراية بلا خلاف في الحال وهو ما في «الوجيز» لأن منكر الكتابة يقول هو رقيق لهما فإذا أعتق أحدهما نصيبه تثبت السراية بقوله، انتهى.

وعبارة «المنهاج» تفهم موافقة هذه الطريقة والعبارة الوافية بالغرض المفصحة عنه أن يقال: فالأظهر كذا.

وقيل: قطعًا، وبقي من المسألة تفريعات طويلة وزيادات مملة أعرضنا عنها وعن كثير من مسائل الباب وفروعه لندرة «الكفاية» في هذه الأعصار فهي من الفقه المهجور استعماله فلا نضيع الوقت في تفاريعه واستقصائها.

فروع: لو قال السيد: كاتبتك على نجم واحد، وقال العبد: بل على نجمين.

قال البغوي: صدق السيد بيمينه؛ لأنه يدعي فساد العتق، وأقره الشيخان، ولعل البغوي إنما قاله؛ لأنه يرى في البيع أن القول قول مدعي الفساد على خلاف الأصح المنصوص.

وظاهر النص في «الأم» أنهما يتحالفان في هذه الصورة حيث قال في أول باب اختلاف السيد والمكاتب: على أنه كاتبه كتابة صحيحة فاختلفا في الكتابة، فقال السيد: كاتبتك على ألفين.

وقال العبد: على ألف، تحالفا كما يتحالف المتبايعان الحران ويترادان.

وكذلك إن تصداقا على الكتابة واختلفا في الأجل، فقال لسيد: تؤديها في

....

شهر، وقال العبد: في ثلاثة أشهر أو أكثر، وسواء كان المكاتب أدى من الكتابة شيئًا كثيرًا أو قليلًا أو لم يؤده، انتهى.

قال الشافعي: ولو ادعى على سيده أنه كاتبه وأقام بينةً على كتابته، ولم تقل البينة على كذا وإلى وقت كذا لم تجز الشهادة، وكذا لو قالت: كاتبه على مائة دينار ولم يثبت في كم يؤديها، وكذا لو قالت كاتبه على مائة دينار منجمة في ثلاث سنين ولم تقل في كل سنة ثلثها أو أقل أو أكثر لا تجوز الشهادة حتى بوقت المال والسنين، وما يؤدي في كل سنة، فإذا انقضت البينة من هذا شيئًا سقطت وحلف السيد وكان العبد مملوكًا، وإن نكل حلف العبد وكان مكاتبًا على ما حلف عليه، قال الشافعي: ولو أقام بينة أنه كاتبه وأدى إليه فعتق وقامت له بينة أنه أقر بأنه كاتبه على أنه إن أدى فهو حر وأنه أدى إليه، وجحد السيد وادعى أن الكتابة فاسدة أعتقته عليه وأحلفت العبد على فساد الكتابة، فإن حلف برئ وإلا حلف السيد وتزاد القيمة، هذه نصوصه بحروفها رضي الله عنه.

قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب «البويطي» - رحمه الله- وجرى عليه الأصحاب: إذا كاتب الرجل عبديه فأقر أنه قد استوفى من أحدهما ولم يبين حتى مات أقرع بينهما فأيهما خرج سهمه عتق، وبالله التوفيق والإعانة.

قال الشارح: افتتحه الإمام الرافعي بحديثين غريبين الأول عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ**»(١).

والثاني: عن ابن عمر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «**إِذَا أَوْلَدَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ، وَمَاتَ عَنْهَا فَهِيَ حُرَّةٌ**»(٢).

وافتتحه في «المحرر» بما رواه ابن ماجه أنه ﷺ قال في مارية حين ولدت إبراهيم: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**»(٣).

قال ابن عبد البر: ولا يثبته أهل الحديث، قال: وكذلك حديث ابن عباس فذكر الحديث السابق.

ثم قال: ولا يصح من جهة الإسناد؛ لأنه انفرد به حسين بن عبد الله وهو متروك الحديث.

نعم قصة مارية رواها قاسم بن أصبغ في «مصنفه» بإسنادٍ كلهم ثقات، وحكم ابن حزم بصحته وأعله غيره.

ورواية ابن ماجه من طريق حسين المذكور، ولا أحسب في الباب حديثًا مسندًا صريحًا صحيحًا، واعتمد الشافعي - رحمه الله - على ما رواه مالك في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه قال: «**أَيُّمَا وَلِيدَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهَبُهَا وَلَا يُوَرِّثُهَا وَهُوَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا، فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ**

---

(١) أخرجه ابن سعد (٨/ ٢١٥)، والحاكم (٢/ ٢٣) وقال: صحيح الإسناد. وأحمد (١/ ٣١٧)، والدارقطني (٤/ ١٣٢)، والطبراني (١١/ ٢٠٩)، والديلمي (١/ ٣٥١).
قال الحافظ في التلخيص (٤/ ٢١٧): في إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جدًا.

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٦/ ٨٠).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٣٣، رقم ١٢٩٣٧).

قال المصنف: [إِذَا أَحْبَلَ أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

حُرَّةٌ»[١] قال البيهقي وغيره: وهذا الأثر هو الأصل في الباب.

قال: (**إِذَا أَحْبَلَ**) أي: الحرة.

(**أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ**) أما في الحي والميت فلأثر عمر رضي الله عنه.

ورواه البيهقي والدارقطني من رواية ابن عمر مرفوعًا وصوبا وقفه.

قال شارح: وأبى ابن القطان ذلك، فصحح الرفع، ومما علل به ما روى ابن حزم في قصة مارية ما رواه الثوري عن أبيه عن عكرمة أن عمر بن الخطاب، قال في أم الولد: أعتقها ولدها، وإن كان سقطًا.

قال البيهقي: فرجع الحديث إلى قول عمر رضي الله عنه.

إشارات: قوله: أو ما تجب فيه غرة سبق بيان ذلك في الجنايات والعدد.

وقال الدارمي هنا: وكذلك لو وضعت عضوًا وضعت الباقي أو لم تضع ولا فرق فيما ذكره من عتقها بموت السيد بين كون المحيل عاقلًا أو مجنونًا رشيدًا أو محجورًا عليه بسفه مختارًا للوطء أو مكرهًا عليه.

نعم، لو كانت مرهونة أو جانية وهو مفلس ومات مفلسًا بيعت فيهما على المذهب.

وفي معناهما المحجور عليه بالفلس إذا أولد أمته بعد الحجر عليه قد يفهم قوله: أحبل، اعتبار فعله حتى لو استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه أو سكران أو استدخلت ماءه المحترم فحبلت منه أنها لا تعتق، وليس كذلك فيما يظهر إنما قوله: أحبل الحر احترازًا من المكاتب، فإنه لو أحبل أمته ثم مات رقيقًا قبل العجز أو بعده لم تعتق بموته وهذه الأشياء وإن كانت واضحة فقد يغفل عنها المبتدئ ونحوه ولا يستحضرها من أبوابها.

---

(١) أخرجه مالك (١٤٧١)، والبيهقي في «الصغرى» (٤٨٦٧).

أَوْ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ، وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا.
أَوْ بِشُبْهَةٍ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، ....

حكى القاضي الحسين وغيره عن القديم أن المستولدة لا تعتق بموت السيد، ويكون الاستيلاد كالاستخدام، وحمل على حكاية مذهب الغير وذكر عصري أنه ملخص له عن الشافعي نفسه في المسألة أربعة أقوال، وفيه نظر، قال: وفي المسألة من حيث هي ثمانية أقوال للناس، هكذا قال.

قال: **(أَوْ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ)** لأنه يتبع الأم ويستثنى من غرَّ بحريتها كما سبق بيانه وما إذا كان سيدها ممن يعتق عليه الولد لكونه بعضًا له فإن الولد يكون حرًّا.

قال: **(وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا)** أي: من بعد بذلك الإجبار السابق على ملكه؛ لأن أمومة الولد إنما تثبت لها تبعًا لحرية الولد وهو هنا رقيق وخرج قول مما إذا أولد المرهونة ولم يثبت الاستيلاد وبيعت في دينه ثم ملكها.

قال البندنيجي: ولا يتصور عندنا أن تعلق الأمة بولد مملوك ثم تصير أم ولد به إلا في صورة واحدة على قول، وهي ما إذا أحبل المكاتب أمته.

تَنْبِيهٌ: دخل في إطلاق المصنف ما لو ملكها الزوج وهي حامل وهو صحيح، لكن يعتق المولود عليه بالملك صرح به «المحرر».

قال الصيدلاني: وصورة ملكه حاملًا أن تضع قبل ستة أشهر من يوم ملكها أو لا يطأها بعد الملك وتلد لدون أربع سنين.

قال: **(أَوْ بِشُبْهَةٍ)** أي: بأن ظنها زوجته الحرة أو أمته وغير ذلك.

(فَالْوَلَدُ حُرٌّ) أي: تبعًا لظنه أما لو ظنها زوجته المملوكة فالولد رقيق ولا يثبت الاستيلاد كما جزما به، وأورد ذلك على إطلاق «المنهاج» واحترز عنه «المحرر» بقوله: على ظنه يطأ زوجته الحرة أو جاريته.

نعم، حكى الإمام ذلك عن شيخه.

ثم قال: ورأيت لغير شيخي ما يدل على أنه حر كما لو وطئ المغرور

وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

زوجته يحسبها حرة أو يظنها جاريته، فإن الولد حر وإن كان الواطئ غير بان أمره على وطء حرة، وهو عندي غلط.

تَنْبِيهٌ: قضية قوله بشبهة أنه لو وطئ جارية أبيه أو جارية أمه ظانًا حلها له أو أكره على الزنا بأمة الغير، وصورنا الإكراه فيه أن الولد يكون حرًّا ويكون في مصيرها أم ولد له إذا ملكها الخلاف الآتي مع أنه على بصيرة أنه يطأ رقيقة للغير.

وقضية قولهم: إن الولد انعقد حرًّا تبعًا لظن الزوجية والملك ألا يكون الحكم كذلك وهو الظاهر، وحينئذ يرد على «المنهاج» مسائل فتأمله.

قال: (**وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبه ما لو علقت به في نكاح أو زنا.

قال المحاملي في «المجموع»: قاله في سائر كتبه، وقال في حرملة: تصير، انتهى.

وهذا هو القابل للأظهر؛ لأنها علقت منه بحُرٍّ.

قال الرافعي: ورأيت في «تعليق» الشيخ أبي حامد إنه القديم، وإن الآخر ـ يعني: المرجح ـ هو الجديد، ولا يمتنع كون الثاني قديمًا، وإن رواه حرملة والمزني، ويجوز أن يكون نص عليه في الجديد أيضًا، ويجري القولان في المغرور إذا ملكها، وفيما لو اشترى فاسدًا فأولدها على ظن الصحة.

فَرْعٌ: أغرب الماوردي فقال في «الإقناع»: إذا أصاب أمة غيره بشبهة وأولدها كان ولدها حرًّا وعليه قيمته وتصير أم ولد له إن أيسر بقيمتها ويؤخذ بغرمها للسيد.

وإن كان معسرًا فهي على الرق هذا لفظه فيما لا أحصي من نسخ «الإقناع» لم أر ما ذكره من الحكم بأمية الولد في «الحاوي» ولا غيره من كتب المذهب وحكاه عنه العجلي في «شرحه» وسكت عليه ومثله في الغرابة ما رأيته في كتاب «غاية الاختصاص» من قول الشافعي للمزني في أصل

وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا.

وَكَذَا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الْأَصَحِّ.

قديم: صحيح في كتاب العتق من وطئ جارية له حبلى من غيره عتق عليه ولدها إذا ولدته، هذا لفظه وعادته إذا أبدى فيه شيئًا أو اختاره أن يقول ورأى كذا وكذا، والله أعلم.

قال: (**وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ**) لما تقدم من الأثر، وهذا حيث لا مانع فيه، أما لو كاتبها أو كانت مرهونة أو جانية وهو معسر فلا، أو كانت ممن لا يحل له وطؤها لتنجيز أو غيره ولو أولد مكاتبته صارت أم ولد ولا يحل له وطؤها ما دامت الكتابة الصحيحة.

قال: (**وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا**) أي: لبقاء ملكه كالمدبرة.

وكذا حكم أرش الجناية على أولادها التابعين لها، نعم لو كانت مكاتبة فلا شيء له مما ذكرناه بل منافعها وأرش الجناية عليها لها.

قال: (**وَكَذَا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الْأَصَحِّ**) كالقنة والمدبرة، والخلاف في «الشرحين» و«الروضة» وغيرها ثلاثة أقوال:

أظهرها: هذا، وهو الجديد.

والثاني: وهو القديم لا يزوجها إلا بإذنها كالمكاتبة.

قال الفارقي: وهو الصحيح، وحكاه البغوي عن نصه في كتاب تحريم الجمع.

والثالث: لا يجوز، وإن رضيت لضعف ملكه ونقصها في نفسها فأشبه تزويج الأخ ونحوه الصغيرة، فعلى هذا يزوجها الحاكم برضاها ورضا السيد على الأصح في «البيان» وغيره.

وقيل: لا تزوج بحال، والخلاف في أصل المسألة جارٍ في بنيها.

وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا ....

قال: (**وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا**) أي: ولا يصح إلا ما يستغنى كما سيأتي هذا ما قطع به الجمهور والشافعي رضي الله عنه في خمسة عشر كتابًا للأثر السابق وغيره، واستدل لمنع البيع بما في «الصحيحين» عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «قيل: يا رسول الله، إنا نصيب سبايا ونحب الأثمان، فكيف ترى العزل؟ ...» الحديث[١].

قال أبو إسحاق: وليس للشافعي فيها إلا هذا القول، وحكي أنه ميل القول في بيعها، قال الجمهور: وليس ذلك باختلاف قول له، وإنما أشار إلى قول من جوزه، وقيل: هو قول قديم.

قال في «التهذيب»: وقد ميل القول في جواز بيعها في بعض المواضع فقال في الرهن: تعتق بموته في قول من يعتقها.

وقال في الكفارة: ولا تجوز أم ولد في قول من لا يبيعها وهذا التمثيل لشيء يروى عن علي وليس بمشهور، واتفق المسلمون على أنه لا يجوز بيعها وتعتق بموته، انتهى.

وتجويز البيع محكي عن ابن عباس وغيره وكأنه أراد اتفاق المسلمين من بعد، وعليه يحمل ما نقله غير واحد من الإجماع على منع بيعهن، وسبق أن قائلًا قال: إنه لخص في المسألة أربعة أقوال للشافعي نفسه وهذا منكر.

وقال: إنه يجتمع في المسألة ثمانية أقوال ـ يعني للناس ـ والله أعلم.

فَرْعٌ: نقل الروياني في «التجربة» وغيره عن الأصحاب أنه لو قضى قاضٍ بجواز بيعها نقض قضاؤه، وما كان فيه من الخلاف بين القرن الأول قد انقطع وصار مجمعًا على منعه.

وذكر في أصل «الروضة» في باب القضاء عن الروياني أن الأصح عدم النقض؛ لأنها اجتهادية والأدلة متقاربة.

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٥٠٤٣).

وَرَهْنُهَا وَهِبَتُهَا.

وقال الغزالي في «البسيط»: اختلف أصحابنا في نقض قضائه فمن رأى أنه ينقض رأى المسألة مجمعًا عليها أولًا ثم خالف علي رضي الله عنه قبل انقراض العصر.

وللأصوليين خلاف في اشتراط انقراض العصر لانعقاد الإجماع أو رأي الفقهاء بعد الصحابة أجمعوا على أحد الرأيين بعد الاختلاف، فرفع الخلاف ورأى أن ذلك مذهب باطل بنظر جلي، وقد ينقض القضاء في مثله، انتهى.

وذكر البغوي في «تعليقه» أن عليًّا رضي الله عنه خطب يومًا على المنبر فقال في أثناء الخطبة: جمع رأيي ورأي أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه على ألا تباع أمهات الأولاد، وأنا الآن أرى بيعهن، فقام عبيدة السلماني فقال: رأيك مع أمير المؤمنين أحب إلينا من رأيك وحدك فأطرق رأسه مليًّا.

وروي أنه قال: اقضوا ما أنتم تقضون، فإني أكره أن أخالف الجماعة، فإن صحت هذه اللفظة عنه فهو رجوع عن جواز بيعها، والإجماع منعقد على أنه لا يجوز، فعلى هذا لا ينفذ قضاء من حكم بصحة بيعها، وإن لم يصح رجوعه هل ينفذ القضاء يبني على الخلاف في إجماع أهل العصر الثاني على أحد قولي العصر الأول إن قلنا يرتفع فقد صار إجماعًا.

وإن قلنا بالأصح أنه لا يرتفع الخلاف، فعلى هذا لو قضى قاضٍ بصحة بيعهن وهبتهن ورهنهن نفذ، انتهى وهو في ذلك متابع لأبي علي السنجي في «الشرح».

قال: (**وَرَهْنُهَا وَهِبَتُهَا**) أي: إلا من نفسها لما ذكرناه من امتناع البيع والهبة بنقل الملك إلى الغير؛ فامتنع كالبيع.

إشارة: يستثنى من منع بيعها من نفسها؛ فإنه يصح على الظاهر قاله القفال وتبعاه عليه؛ لأن بيع العبد نفسه إعتاق على الحقيقة كما لو أعتقها على مال.

وقال المحاملي في «اللباب»: يجوز بيعها في ثلاث مسائل: المرهونة،

وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنًا فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتِقُ بِمَوْتِهِ كَهِيَ.
وَأَوْلَادُهَا قَبْلَ الِاسْتِيلَادِ مِنْ زِنًا أَوْ زَوْجٍ لَا يَعْتِقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَهُ بَيْعُهُمْ.
وَعِتْقُ الْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ].

والجانية، وأم الولد المكاتب، انتهى.

والظاهر أن استيلاد المفلس في حال الحجر عليه كاستيلاد الراهن المفلس وأولى بالمنع لحجر الحاكم.

فإن قلت: ما فائدة قوله: ورهنها وواضح إذا حرم بيعها امتنع رهنها؟

قلت: لا يلزم من التحريم منع الصحة فيهما أيضًا، ففيه تنبيه على أن تعاطي العقود الفاسدة حرام، وإن لم يحصل بها المقصود كما دلّ عليه نص «الأم» في مواضع.

قال: (**وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنًا**) أي: بعد الاستيلاد.

(**فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتِقُ بِمَوْتِهِ كَهِيَ**) لأن الولد يتبع «الأم» في الحرية، ولا يأتي فيه الخلاف في ولد المدبرة والمكاتبة لقوة الاستيلاد؛ لأنه لا يرتفع بحالٍ بخلافهما، ولا أثر لموت الأم في حياة السيد، بل يعتقون بموته، وليس له بيعهم ولو أعتق السيد الأم لم يعتق الولد.

قال: (**وَأَوْلَادُهَا قَبْلَ الِاسْتِيلَادِ مِنْ زِنًا أَوْ زَوْجٍ لَا يَعْتِقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَهُ بَيْعُهُمْ**) أي: وإن ولدوا في ملكه للأم لحدوثهم قبل أن يثبت لها حق الحرية.

قال: (**وَعِتْقُ الْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ المَالِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: سواء استولدها في صحته أو في مرض موته عتقت بموته أو نجز عتقها في مرض موته.

قال الأصحاب: لأنها بمنزلة ما يسلكه في ملاذه من لباس ومأكول وطيب فيقدم عتقها على حقوق الغرماء والوصايا والميراث.

ونختم الباب بفروع منثورة، ونسأل الله حسن الخاتمة:

في «تجربة» الروياني عن الأصحاب أنه لو أسلمت أم ولد النصراني وأراد

....

التزويج زوجها الحاكم، وكذلك إن أراد النصراني تزويجها وتكون نفقتها على زوجها.

قال: وإذا لم تتزوج فهي أحق بولدها وحضانته، فإذا تزوجت وهو طفل لا يعقل فالأب النصراني أحق به، وإن كبر وخيف أن يفتنه نقل إلى غيره ومنع من حضانته، وأنه لو وطئ أخته من الرضاعة في ملكه لزمه الحد في أحد القولين.

قلت: وفي حكمها المحرمة عليه بنسب أو صهر ولو أحبلها صارت أم ولد بلا خلاف، ويكون الولد حرًّا ثابت النسب.

قال: وليس على أصلنا وطء يجب به الحد وتصير الموطوءة أم ولد أو هكذا إذا وطئ الكافر أمته المسلمة قبل أن تباع عليه وأحبلها.

وأنه لو وضعت الأمة من سيدها جسدًا ليس فيه ظاهر تخطيط، ولكن قال القوابل: فيه تخطيط باطن؛ تصير به أم ولد، ويعتبر أربع نسوة، فلو نظر إليه من الرجال من له بصر وعلم به يقبل قول الرجلين، وفيه قال: وإنما نص الشافعي على النساء؛ لأن الرجال قل ما يعلمون ذلك، والله أعلم، انتهى.

في «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو أحبل أمة الغير بشبهة، وقلنا: لو ملكها لم تصر أم ولد له فلو أنه اشتراها حاملًا من زوج أو زنا لا من شبهة لا يحكم له بحكم من حدث للسيد بعد الاستيلاد، بل يكون قنًا للسيد له بيعه.

في «فروع» ابن القطان: إذا قالت الأمة التي وطئها السيد: ألقيت سقطًا فصرت به أم ولد، وقال السيد: لم يكن سقطًا.

أو قال: ما أسقطتيه ـ شك الناقل ـ فهو على وجهين.

قلت: والظاهر أن القول قول السيد لا سيما إذا نفى الإسقاط والعلوق مطلقًا؛ لأن الأصل معه، أما لو سلم فيحتمل، والأقرب تصديقه أيضًا إلا أن

....

تمضي مدة لا يبقى الحمل مجتنًا إليها، والعلم عند الله.

رأيت في شهادات «الحاوي»: أحبلها راهنها وزعم أنه وطئها بإذن المرتهن فأنكر ولم يحلف فردت اليمين على الراهن فلم يحلف، وطلبت الأمة أن يحلف.

قال: خرجها الأكثرون على قولين، وجوز بعضهم أن يحلف قولًا واحدًا.

في «فتاوى» القاضي الحسين: لو قال: مضغة هذه الجارية حر، وأقر بأن الولد انعقد حرًّا تصير الأم أم ولد له، انتهى.

وفيه نظر إذ لا يلزم من كونه انعقد حرًّا أن يكون منه إذ يكون ذلك من وطء أجنبي بشبهة؛ فأقر به فينبغي أن يقبل قوله بذلك، ولا يحكم عليه بأمية الولد بمجرد ذلك، والعلم عند الله.

رأيت في «شرح» العجلي بخطه هنا قال في «الحلية» ما ملخصه: لو أحبل الأمة أحد الشريكين وهو موسر صارت أم ولد، ويلزمه نصف قيمتها ونصف مهرها لشريكه، ولا يلزمه قيمة الولد.

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: يكون ما يملكه منها في حكم أم الولد، وكان ولده منها حرًّا، فإن كان الواطئ معسرًا فعليه نصف قيمة ولده ونصف مهر مثلها.

وإن كان موسرًا فعليه نصف قيمتها لشريكه وكانت كلها أم ولد له ولا يجب نصف قيمة الولد إذا كان موسرًا في قولٍ، وقال: هكذا قال القاضي أبو حامد؛ لأنه أتلف حق شريكه منها بالعلوق، ولا يكون للجنين قيمة، انتهى.

وفي كلام الرافعي اضطراب في الخلاف في حرية الولد، فقال في أواخر السير: فيه وجهان أو قولان.

ونقل عن القاضيين أبي الطيب والروياني وغيرهما ترجيح نقل الجميع، ونقله وجهين في أواخر الكتابة، ونسب قول التبعيض إلى أبي إسحاق، وإن

....

البغوي صححه، وجعله المصنف في أصل «الروضة» الأصح.

وصححه الرافعي في كلامه على دية الجنين، وجزم بنقل الخلاف قولين، وأن أظهرهما التبعيض، وقضية ما حكاه عن الإمام في باب ما يحرم من النكاح الجزم به إذا أحبل أمة الغير بنكاح.

ثم أوصى له بالولد فأصح الوجهين في «تعليق» القاضي الحسين: أنه لا يجوز له أن يشتري أم الولد كما لو باعها من غيره.

ولو كان له أمة قال: هذه الجارية أم ولدي، ومات قبل البيان فهل تصير أم ولد له؟ فيه وجهان.

قال القاضي الحسين: يبنيان على ما لو قال رجل: هذه الجارية ابنة أمتي، وأقام به بينة ولم يقل: إنها ولدتها في ملكه فهل يحكم له بالملك؟

فيه قولان: الجديد: لا وعلى القديم: نعم، فعلى الأول لا يحكم بأنها أم ولد، وعلى الثاني يحكم، وهو الأصح هنا إذا شهد عليه باستيلاد أمته في ملكه وجرى القضاء بشهادتهما، ثم رجعا.

قال الشيخ أبو علي: لا يغرمان شيئًا؛ لأنهما لم يفوتا المالية ولم يجحفا العتق في الحال، وإنما امتنع البيع بشهادتهما.

قال الإمام: وليت شعري ماذا يقول إذا مات المولى وفات الملك فإنه فات بسبب الشهادة! والذي أراه أنه يجب الغرم في هذه الحالة للذين كانت الرقبة تنصرف إليهم لولا الاستيلاد، والله أعلم.

[خاتمة الكتاب والنسخة]

وهذا آخر ما يسره الله تعالى من شرح «المنهاج» فله سبحانه الحمد والمنة، وقد أكثرت فيه من الاحتمالات والتنبيهات على المهمات وكثير من الواضحات.

وكنت قد شرعت فيه بنية الاختصار، وكتبت منه قطعة على ذلك في أوائله ثم قدر الله تعالى البسط، وذكرت فيه الفقه المستعمل غالبًا لعدم الحاجة

....

العامة إلى ما سواه، فإن ظفرت بفائدة شاردة فادع لي بالتجاوز والمغفرة أو بزلة قلم أو لسان فافتح لها باب التجاوز والمعذرة فقد علقته في أزمان الهموم والفتن فيها مترادفة، وظلمات القلوب متكاثفة، وشموس الألباب كاشفة، ومحن طالبي العلم ليس لها من دون الله كاشفة.

فأسأل الله الكريم الذي بيده الضر والنفع والإعطاء والمنع أن يجعله لوجهه خالصًا، وأن يتداركني بألطافه إذا الظل أضحى في القيمة قالصًا، وأن يخفف عني كل تعب ومؤنة، وأن يمدني بحسن المعونة، وأن يرحم ضعفي كما علمه، وأن يحشرني في زمرة من رحمه، أنا ووالدي وأولادي ومشايخي وإخواني إن ربي لطيف لما يشاء.

ونختم الكتاب كما قال الإمام الرافعي ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ بما بدأناه به وهو حمد ذي الجلال والإكرام، والطول والإنعام ونقول:

الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

اللهم صلِّ على سيدنا محمدٍ وعلى آل سيدنا محمدٍ كلما ذكرك الذاكرون، وكلما غفل عن ذكرك الغافلون، ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم، ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخر حسنة، وقنا عذاب النار... آمين.

فهرس المحتويات

QŪT AL-MUḤTĀJ FĪ ŠARḤ AL-MINHĀJ

BY

SHIHAB ADDIN ABOU AL-ABBAS
AHMAD BIN HAMDAN AL-ATHRO'I
(D. 783 H.)

EDITED BY

EID MOHAMMED ABDELHAMEED

